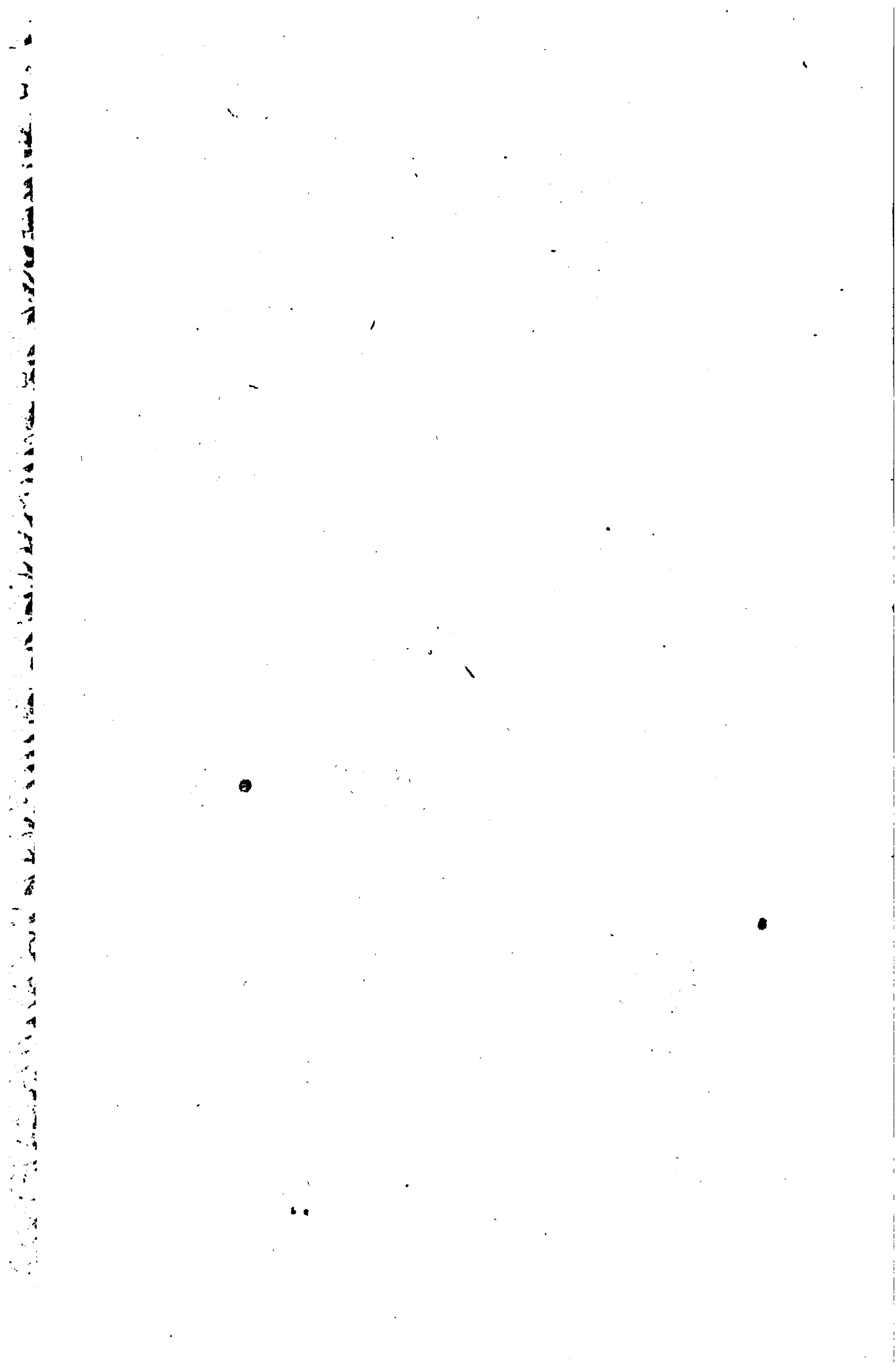

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 790 463


VE
RI
TAS





LA TRADICIÓN ROMANA

SOBRE LA

SUCESION DE FORMAS DEL TESTAMENTO ANTE LA HISTORIA COMPARADA

EDOUARD LAMBERT,

PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LYON

LA TRADICIÓN ROMANA
SOBRE LA
SUCESIÓN DE FORMAS DEL TESTAMENTO
ANTE LA HISTORIA COMPARADA



Versión española, aumentada con notas del autor, y precedida de una introducción sobre
EL ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA

POR

ENRIQUE GARCÍA HERREROS,

Profesor A. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.



MADRID
REVISTA DE LEGISLACIÓN
Cañizares, 3, segundo, izqda.
1903

MADRID.—Imprenta de la *Revista de Legislación*, á cargo de J. M. Sardá,
Ronda de Atocha, 15, centro.

INTRODUCCIÓN

ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA

INTRODUCCIÓN

A un lado el temor con que siempre se lanza al público la obra propia, siento en este instante una verdadera satisfacción pensando que la hoy comenzada une en cierto modo mi nombre al de M. Edouard Lambert, cuyos valer y autoridad en la ciencia del Derecho son bien notorios. Y por esto, y para evitar que esta comunión en el mismo trabajo haga resaltar aún más la insignificancia del mío, circunscribo éste á una breve reseña del estado actual de la ciencia del derecho civil en Europa, disculpando mi intención con la de ser útil, y prescindo de los elogios y frases laudatorias, fondo obligado de todo prólogo, atrio ó peristilo, con los que no parece sino que á fuerza de repetirlo se pretende hacer grande la figura de quien solamente por sus propios méritos no pudo conseguirlo.

La personalidad de M. Lambert se manifiesta en su Memoria premiada por la Facultad de Derecho de la Universidad de París: *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héréditiers présomptifs; le droit de succession en France, son fondement, sa nature* (1), y se confirma brillantemente en su tesis doctoral: *Du contrat en faveur de tiers* (2), y además en sus trabajos académi-

(1) Girard y Briere, París, 1895.
(2) Girard y Briere, París, 1893.

cos como Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Lyon, trabajos que le valieron recientemente el honroso encargo de explicar también el Derecho civil comparado.

Dicho esto, advierto al lector, para que no se llame á engaño por lo sugestivo del título, que mi propósito se limita á dar noticia, del modo más claro que me sea posible y con la brevedad impuesta por la índole del trabajo, del estado actual de la ciencia del Derecho civil en Europa, reduciéndome en muchos casos á una simple enumeración de los libros que conozco, facilitando así la labor de quienes pretendan profundizar en estos estudios, y procurando, sobre todo, bosquejar el medio en el que aparece la obra de M. Lambert, que es, al fin y al cabo, el objeto inmediato de este estudio.

Vuelvo á repetir que considero algo exagerado el epígrafe con que le encabezo, pero no encontrando otro que exprese más claramente su contenido, á él me atengo, con la protesta de que, puesto que voluntariamente lo reconozco, no se me tache de exagerado ó presuntuoso.

*
* *

Hasta el último tercio del pasado siglo podemos afirmar que el derecho privado que se estudiaba en las Universidades descansaba sobre dos principios incuestionables, aceptados como verdades axiomáticas: los Códigos y el Derecho romano. Aquéllos eran la fiel y exacta representación del derecho civil; éste un derecho especial, cristalizado en la época justinianea, y cuyas formación y transformación no estaban sometidas á los mismos procesos por los que atravesó la evolución de las demás legislaciones.

La reacción contra esos absurdos principios que engendraron un verdadero *fetichismo* por los Códigos y por la Insti-

tuta (1), no tardó en aparecer. Y en Italia y Alemania comenzaron á surgir juristas de todos los partidos y escuelas, unidos en la común tendencia hacia una renovación en la forma y método del estudio del derecho civil, al mismo tiempo que la escuela histórica, considerando al derecho romano como lo que era y fué, como un cuerpo vivo, estudiaba su evolución al través de los tiempos.

Secundó el movimiento Francia, y con tal acierto y pujanza, que si no la primera en el tiempo, va hoy á la cabeza, con el libro de François Geny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (2), y con la monumental obra de E. Lambert, hoy en publicación, *Etudes du droit commun législative ou droit civil comparée*; primera serie: *Le régime successoral*, introducción (3).

Esta nueva tendencia que nos proponemos brevemente estudiar, aparece como necesaria reacción contra la idolatría de los Códigos, á que antes aludíamos: idolatría que llegó á su mayor apogeo en Francia en el pasado siglo. Dice á propósito de ella muy acertadamente M. Geny (4): «En un corto número de años todas las leyes, todas las costumbres, toda la tradición anterior, todos los precedentes de la jurisprudencia civil y mercantil francesa, por un gigantesco esfuerzo social, se vaciaron en un molde, del cual salieron rejuvenecidos y transformados en fórmulas legislativas cerradas, precisas é impuestas con la fuerza y el absolutismo de los dogmas jurídicos... Este fenómeno de la codificación ha ejercido una influencia decisiva sobre el método de interpretación jurídica.»

(1) En la enseñanza oficial de las Universidades españolas se denominaba por esa época al Derecho civil *Códigos españoles*, y el Derecho romano que se enseñaba no era sino un comentario á la Instituta.

(2) Traducción española, Hijos de Reus; Madrid, 1903.

(3) V. Girard y Briere, París, 1903.

(4) Obra citada, trad. esp., p. 19.

Siendo esto exacto, los primeros comentaristas del Código de Napoleón, los que nacieron bajo el régimen anterior, no creyeron, sin embargo, que él borrara por completo todos los precedentes y totalmente cegara toda fuente de derecho distinta del Código (1). Más tarde, la nueva generación de jurisconsultos, formada en el estudio del mismo, reduce su misión á la más mezquina y estrecha interpretación del texto legal, y afirma con Blondeau (2) que la ley es «fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas». Siguen este sistema - según Geny—Demante, Mercadé, Aubry, Rau, Baudry Lacantinerie, Vigié, etc.; llegando á decir Demolombe que su divisa es «los textos antes que nada»; atribuyéndose á Bugnet: «no conozco el *derecho civil*, no enseño más que el *Código de Napoleón*»; y pudiéndose afirmar, á juicio del mismo Geny (3), que el indudable prestigio gozado desde su aparición en las doctrinas y jurisprudencias francesas por la gran obra de Laurent, *Principes de droit civil française*, «señala el punto más elevado del apogeo de este método, que desde entonces parece perder terreno, sin que por ello deje hoy todavía de desempeñar un papel principal».

Conformes con Geny, veamos ahora cómo Cimbali, el malogrado jurisconsulto que mejor y con menos exageraciones encarnó el nuevo movimiento italiano, juzga la obra de Laurent (4): «Ingenic sutil (Laurent) más que profundo, fácil más que intenso, nutrido de una cultura tanto más vasta cuanto más superficial, después de haber recorrido con fecundidad

---

(1) Figuran entre éstos según GENY: MERLIN, PROUDHON, TOULLIER, DOUVERGIER, TAULIER, y más tarde TROPLONG.
(2) Apud. GENY, *Comptes rendus de l'Academie des Sciences morales et politiques.*
(3) Ob. cit., pág. 22 nota.
(4) CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile;* Unione tipografico-editatrice; Torino, 1885, págs. 13 y 14.

igualmente morbosa otro campo (1), en esta época de gran rebajamiento de los estudios de derecho civil, ha sabido conquistarse el título, para los más indiscutible, de primera celebridad, escribiendo tres obras demasiado voluminosas (2), en las cuales manifiesta poca originalidad en los puntos de vista y ninguna profundidad en el estudio, pero cuyo mérito principal está en elevar la casuística minuciosa de la jurisprudencia á la dignidad de principio racional. Mérito este ciertamente no despreciable con relación al grosero empirismo y á la servil pedantería, por la que están dominados, salvo rarísimas excepciones, los estudios de derecho civil que de cierto tiempo á acá ven la luz en Francia y en Italia; pero relativamente mediocre cuando se considera que él, excepto del derecho romano, por el cual afecta no sé si un soberbio desprecio ó una indiscutible incuria, se muestra completamente ignorante del movimiento jurídico moderno, que tiende á renovar de raíz la base y el organismo de la legislación civil vigente».

«A bien distintos horizontes é ideales deben ahora volver sus miras el legislador y el jurista, si, comprendiendo el espíritu restaurador, quisieren estudiar el modo de satisfacer las exigencias imperiosas de los nuevos tiempos...».

***

Y así discurriendo sobre la obra de la generación anterior, los nuevos civilistas italianos inician una corriente que se ha generalizado por toda Europa. No es fácil concretar sus pretensiones, ya que no tienen de común sino la aspiración á una

(1) *Etudes sur l'histoire de l'humanité,* París, 1870 79, 18 vols.—*L'Eglise et l'Etat,* París, 1865, 3 vols.—*Etudes sur les délicts de presse,* Bruxelles, 1871.

(2) *Principes de droit civil français;* Bruxelles, Bruptant-Cristophe, 3.ª edición, 1878, 33 vols.—*Cours élémentaire de droit civil,* 4 vols.—*Le droit civil international,* 8 vols.—Tres volúmenes, hasta 1888, de la obra *Motifs et Matériaux,* etc.

reforma casi total de los Códigos existentes. Determinada en cierto modo la tendencia por la aplicación á los estudios jurídicos de las doctrinas evolucionistas y darwinianas, ni todos ellos son positivistas, ni todos entienden de la misma manera la reforma y modificación del derecho civil, pero no hay ninguno que esté absolutamente conforme con la manera actual de tratarlo. Unos piden la reforma del Código en armonía con las nuevas exigencias económicas y sociales; otros la reforma del método y el sistema con que aquél debe estudiarse; otros que se construya una *ciencia del derecho civil*, bien sobre bases sociológicas y positivas, bien no, y algunos discuten á la vez estos varios problemas (1).

Son en su mayor parte Profesores en las Universidades italianas, jóvenes que se han dado á conocer en los últimos veinte años del pasado siglo: Cimbali (2), Cogliolo (3), D'Aguanno (4), Gabba (5), Vadalà-Papale (6), Carle (7), Sal-

---

(1) DORADO, *El positivismo en Italia*; Hijos de Reus, Madrid, 1889.

(2) *La nuova fase del diritto civile*, Torino; Unione tipografico-editatrice, 1885.—Hay una traducción al castellano del Sr. Esteban García, con prólogo del Profesor de la Universidad de Madrid Dr. Sánchez Román; Rivadeneyra, Madrid, 1893.

(3) *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, traducido al castellano por el Profesor de la Universidad de Madrid Sr. Ureña; Hijos de Reus, editores; Madrid, 1898.—*La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato* (prolusion), 1881.—*Filosofia del diritto privato*, n.º 2 de los Manuales Barbèra; Fiorenze; 2.ª edizione, 1891.

(4) *Genesi ed evoluzione del diritto civile*, Turín, 1890, traducida al castellano por el Profesor de la Universidad de Salamanca Doctor Dorado Montero; Madrid, La España Moderna.—*Sulla ricerca genetica del diritto de propietà*, Bolonia, 1888.—*Conceto ed origine del diritto di succesione*, Milán, 1888, comprendidos ambos, en su parte esencial, en el libro primeramente citado, etc.

(5) *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, introducción del Profesor de la Universidad de Oviedo D. Adolfo Posada; dos tomos, Madrid. La España Moderna.

(6) *Il codice civile e la scienza*, Nápoles, 1881.—*Il diritto civile nell' insegnamento universitario*, Bolonia, 1882.—*La giurisprudenza nell'insegnamento e negli estudii del diritto civile*, Catania, 1885.—Sobre todo, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, 1883.

(7) *La vita del diritto nei sui raporti colla vita sociali*, Torino, 1880; traducida al castellano por los Sres. Giner (D. H.) y Flórez (D. G.).

violi (1), De Fillipps (2), Polacco (3), Gianturco (4), Chironi (5), Brini (6), Loria (7), Cavagnari (8), etc., etc

Exponer las ideas fundamentales de cada uno de estos autores, no entra en los límites que nos hemos impuesto, y llevaría además una gran confusión en el ánimo de quien leyere, ya que muchas veces aparecen sus opiniones en abierta contradicción aun con sus propios asertos: carácter general de toda tendencia que, por decirlo así, se halla aún en estado de nebulosa; agruparlos por analogía, según el principio fundamental que les sirve de base, sacrificando á veces la exactitud á la claridad, es sistema que en esta ocasión consideramos preferible, y así, anticipando ideas, podemos reducir á tres grupos las opiniones de los citados autores.

Antes de entrar en su examen hemos de citar, como precedente y genial atisbo de lo que iba á ocurrir más tarde, las doctrinas de Rossi, ya reproducidas en varios libros, que el año 1845, criticando el Código de Napoleón, decía:

«Sin embargo, aun reconociendo en el sistema francés de derecho privado una gran creación nacional, no puede escapar al observador atento que la sociedad nueva comienza á sentir

---

(1) *Metodo storico nello studio del diritto civile.*
(2) *Corso completo di diritto civile comparato*, 10 vols.; Nápoles, 1881.
(3) *Funzione sociale dell'odierna legislazione civile. Le istituzioni di diritto civile* (prolusiones), 1885.
(4) *L'individualismo e il socialismo nell diritto contrattuel,* introducción á las *Istituzioni di diritto civile*, etc., etc.
(5) Prefacio á la obra de D'Aguanno, *Genesi ed evoluzione del Diritto civil* y *La culpa nel diritto civile odierno*, introducción.
(6) *Saggio di istituzioni di diritto civile italiano;* introducción y programa, publicados en el *Archivio giuridico*, tomo 26, págs. 544-580.
(7) *Les bases économiques de la constitution sociale. Analyse de la propriété capitaliste*, Turín, Fratelli-Bocca, 1889.—*La propietà fondaria e la questione sociale*, Verona, Drucker, 1897.
(8) *Il codice civile e la questione sociale. Nuovo orizonte del diritto civile nell rapporti della istituzione pupilari.*

algún malestar, á no encontrarse cómoda en los límites que le han trazado nuestros Códigos.»

....

«El cuerpo social y la ley civil no aparecen hechos la una para el otro, y nada anuncia que tal desacuerdo sea cosa accidental y pasajera.»

....

«... la industria era en la fecha del Código civil (1), pobre, débil, casi ignorada; el comercio marítimo estaba aniquilado, el crédito era casi desconocido, el espíritu de asociación balbuceaba apenas algunos proyectos sin alcance, y la ciencia de la economía política no existía sino para un muy reducido número de ingenios.»

....

«Entonces apareció el Código civil; pero semejante estado de cosas no tardó en modificarse profundamente» (2).

Se ve en estos párrafos el mismo principio que sirve de base á las nuevas teorías del derecho civil: la *inadecuabilidad* de los actuales arcaizantes Códigos á la vida moderna; principio que indisculpablemente pasó inadvertido á Laurent, á pesar de escribir su obra bastantes años después (3).

Examinando ahora los principios que informan los tres grupos á que hemos dicho que podían reducirse en síntesis general las corrientes reformadoras del derecho civil en Italia, veremos que éstos son: 1.°, el de los partidarios de la escuela

---

(1) Año 1804.

(2) *Melanges d'economie, d'histoire et de philosophie*, por PELEGRINO ROSSI; publicación de sus hijos, París, 1846, Guillamin y C.ª, t. 2.°, págs. 1.ª á 10. En este mismo sentido se expresó también otro ilustre italiano, ROMAGNOSI, cuando decía: «¡Día no lejano vendrá en que toda la razón pública económica será reducida á reglas fijas, como sucede con los Códigos civiles, ó por mejor decir, en que el *Derecho civil y la Economía pública serán considerados como dos ramas de una única ciencia social!*».

(3) Años 1869-78.

histórica, que quieren dar un carácter marcadamente retrospectivo á los estudios del derecho civil; 2.°, el de los evolucionistas exagerados, que pretenden llevar al derecho civil las doctrinas darwinianas y hegelianas, y 3.°, el de aquellos que procuran, ante todo, construir una *ciencia del derecho civil*, é introducir un método científico en los estudios de este derecho, con objeto de ponerle en armonía con las necesidades de los tiempos modernos, manifestadas principalmente, según ellos, por la Sociología.

Dentro del primer grupo figura como genuino representante de la escuela histórica en Italia, Salvioli, para quien el ideal en el estudio del derecho civil está en mirar más al pasado que al presente y al porvenir, examinando los antecedentes de cada institución, estudiando su desarrollo á través de los tiempos, y viendo en ella la resultante de las costumbres, usos y leyes anteriores. Así afirma este autor: «... estudiar la génesis y el desarrollo interior de las leyes y de los códigos, explicar el *mecanismo de las instituciones jurídicas*, los *elementos* que las componen, las *fuerzas* que producen su *unión* y aquellas otras que las han *modificado* ó *disgregado*, y su devenir y su ser; mostrar que la vida jurídica de un pueblo no es un producto sin causas y sin antecedentes, no es una colección de hechos, de fórmulas y de leyes sin conexión; todo esto constituye la misión del historiador del Derecho.

»Cuando nuestros magistrados no sientan repugnancia por resucitar cuestiones históricas, por remontarse á través de los siglos en busca del origen de una máxima; cuando nuestros juristas comprendan que no está todo el derecho en el procedimiento, ni toda la ciencia se halla encerrada en los Códigos; cuando los volúmenes polvorientos de nuestros juristas, que italianizaron el derecho romano, el germano y el canónico, componiendo con ellos un derecho nacional, sean arrancados

del sueño que duermen en las bibliotecas y rehabilitados como los elementos principales para la reconstrucción é interpretación de nuestro derecho patrio, no seguirá lamentando Italia la escasez de *excelentes juristas pensadores*, frente á la abundancia de *comentaristas empíricos...*»

....

De esta manera, Salvioli pretende constituir el nuevo método del estudio científico del derecho civil teniendo como guía las enseñanzas de la historia y aprovechando constantemente la experiencia ajena como medio de evitar el divorcio entre la legislación civil y la realidad. En estas ideas abunda Gianturco (1), Ministro que ha sido en Italia, y que no es ciertamente positivista, ni mucho menos (2), sino enemigo declarado de la aplicación de las teorías darwinianas al derecho civil, pero que pide una renovación en los métodos actuales de estudiarle, y sobre todo, su adaptación á las necesidades de la vida, para lo cual la historia es maestra insustituible.

No es fácil establecer la línea divisoria entre este grupo y el de los positivistas en el derecho civil. La escuela histórica y la evolucionista positivista tienen muchos puntos de contacto: Cogliolo (3), Vanni (4) y Brugi (5) lo han demostrado cumplidamente.

A este fin dice Cogliolo: «el positivismo, que constituye la dirección de la moderna sociología, hizo ya su aparición tácita en la ciencia jurídica en el renacimiento italiano de los siglos XVI y XVII, y fué aplicado con gran extensión en Alemania á principios de nuestro siglo por la *escuela histórica*... La

---

(1) Obra citada.
(2) DORADO MONTERO, ob. cit.
(3) Obra citada.
(4) *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della Sociologia e della Filosofia positiva;* Milano, 1885.
(5) *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea;* Palermo, 1883.

escuela histórica hacía sus investigaciones en el terreno del derecho privado y especialmente del romano, en el cual, como tipo de las legislaciones antiguas y como el más completo y conocido, podía encontrar un tesoro de noticias y de verdades acerca del origen y crecimiento de las sociedades primitivas; y Savigny primero, y Puchta después, sobre el material de los estudios jurídicos é históricos, formaron una teoría acerca del origen del Derecho y acerca de la costumbre, encaminándose por una vía que los llevaba derechos á la ciencia social; pero sus secuaces se estancaron y ningún otro de los cultivadores del derecho privado volvió á elevarse á estas cuestiones de sociología y de filosofía positiva...»

Vanni, en su obra, abundando en las mismas ideas, dice: «Adviértase que á disponer y habituar los entendimientos á esta concepción (á la concepción dinámica, genética é histórica de la naturaleza, á la concepción de que en el universo todo es formación y desarrollo, todo se hace y llega á ser por virtud de leyes naturales), contribuyeron con grandísima eficacia las ciencias históricas y sociales, y que dicha concepción se afirmaba, ante todo, de manera solemne, *por obra de la escuela histórica* de los juristas alemanes, y precisamente en el campo del Derecho y en abierta oposición con los principios del derecho filosófico. Que el Derecho es un hecho social, un producto de la cultura, una realidad concreta de la vida, que nace y se transforma con proceso orgánico de desarrollo en el curso de la historia; que en su determinación y modificaciones varias en el espacio y en el tiempo influyen el carácter nacional y aquel conjunto de condiciones, de elementos y de fuerzas que producen el estado general de una sociedad en un determinado momento histórico: *todo esto es ya un patrimonio adquirido de que somos deudores á aquella escuela* y á su eficacia innovadora sobre los entendimientos. Las investigaciones posterio-

res no han hecho otra cosa, al menos por lo que se refiere al concepto dinámico y evolutivo del Derecho, que confirmar, avalorar y ampliar sus inducciones, comprendiéndolas en la vasta síntesis de un sistema filosófico... El espíritu que animaba á la escuela histórica era *eminentemente positivo*, y por estar sus doctrinas informadas en un concepto dinámico del Derecho y de la sociedad, igualmente que otras de la misma escuela en diferentes campos (economía, lengua, mitos, religiones, etc.), tuvieron un significado filosófico, y *contribuyeron á preparar el terreno á la teoría de la evolución.*»

....

Esta relación íntima que se da entre ambas escuelas, no impide que los más definidos y exagerados mantenedores de sus principios fundamentales se diferencien profundamente y lleguen, según hemos visto en Salvioli, hasta combatir las conclusiones de la contraria.

La prueba de este aserto se halla estudiando al más genuino representante de dicha escuela, D'Aguanno. Si la importancia de su labor científica no nos lo prohibiera, y si no repugnásemos la sátira como crítica de una labor seria y bien intencionada, tal vez la merecieran algunos de los pasajes y capítulos de la obra de D'Aguanno; el detenido estudio que hace en el capítulo primero del hombre fósil, terciario y cua ternario, del esqueleto de Neanderthal, cuyo casquete cránico es de forma elipsoidal, cuya foseta de inserción del cuello del fémur está excesivamente acentuada..., de la mandíbula de Arcy, etc., etc., no son á nuestro entender precedentes obligados, ni mucho menos, para deducir el concepto del Derecho. Además, en el estudio de cualquier institución en particular, abusa de Darwin, Espinas, Letourneau, Hartmann, C. Bernard, Morselli, Bonnet, Hæckel, etc., llegando á pretender incidentalmente corregir sus teorías—según hemos dicho en otra

ocasión (1)—cuando no son de su agrado, sin tener en cuenta que esto no es lícito «de un modo incidental y en un libro de Derecho cuando han sido deducidas de varias observaciones y hondos estudios en tan diferente campo como es el de las ciencias naturales» (2).

Así, por ejemplo, para deducir el concepto de la obligación en el derecho civil, cita el siguiente párrafo de Espinas: «... se observa que los gatos *reprenden* severamente la falta de cumplimiento de los deberes para con los padres; las correcciones maternas no son raras entre los osos y los monos. De donde resulta que los padres estiman que los hijos deben considerarse obligados en alguna cosa respecto á ellos».

....

Se equivocaría quien creyera ser esto solo la obra de D'Aguanno; en ella, aparte disculpables exageraciones, se da una nota nueva: la necesidad de atender al factor bio psicológico; factor que tiene una importancia grande en muchas de las instituciones del derecho civil (la familia, las sucesiones, etc.).

Además, el libro de D'Aguanno no es para su propio autor una obra definitiva; él mismo lo califica de simple «ensayo», y echa de menos la falta de estudios previos que le faciliten su trabajo, ya que él en su obra no se propone por sí y ante sí, con el solo auxilio de la antropología, reformarlo todo. Cuando prescinde de las exageraciones que antes hemos señalado, sus deseos coinciden con las aspiraciones generales de la nueva tendencia. «Es necesario—afirma en la introducción de su libro—que el fenómeno jurídico civil sea estudiado como un hecho natural de la vida privada de los individuos... Es necesario, por lo tanto, estudiar el Derecho en general y cada

(1) García Herreros, *La sucesión contractual*; Madrid, 1902.
(2) Obra citada, pág. 49.

una de las singulares instituciones del derecho civil en relación con el ambiente en que nacen y se desarrollan y en relación con el hombre, del cual son una manifestación psicológica, desde su origen hasta nuestros días; y al llegar á las sociedades actuales, determinar las relaciones de éstas con el Derecho, en conformidad con la evolución histórica y con las necesidades de la sociedad».

En este sentido, D'Aguanno enlaza su obra con el grupo que hemos estudiado primeramente y con el que vamos ahora de un modo rápido á examinar. Por esto dice también: «¿Han alcanzado acaso los estudios filosófico-jurídicos el desarrollo necesario para que la anhelada reforma adquiera una base sólidamente científica? Séanos permitido dudarlo... Que los nuevos juristas indagüen el método que debe aplicarse á los estudios del derecho civil y la manera de conciliarlo con las necesidades, cada vez mayores, de la vida social; pero un cambio radical no debe esperarse faltando como faltan todavía las bases de la reforma que se indica».

Esta cuestión del método en el derecho civil, es lo que informa y alienta ese tercer grupo en el que aparece dividida la nueva tendencia. Con la sociología como norte, ó prescindiendo de esta ciencia, sus partidarios anhelan ante todo hallar un nuevo método en los estudios jurídicos. Por esto dice Cogliolo en sus *Ensayos sobre la evolución del derecho privado:* «Tengo un grandísimo amor y mucha fe en los estudios de sociología; creo que hallando las leyes de la evolución jurídica se adelanta mucho y se hace mucha luz hasta en cuestiones prácticas; pero no me parece que sin más pueda inducirse de aquélla el método de construirse la ciencia del derecho civil, la cual es, por el contrario, una organización en parte lógica y en parte estrictamente jurídica... Entiendo que la evolución tiene muy poca importancia para resolver el presente proble-

ma, y que la ciencia del derecho civil privado solamente podrá formarse como consecuencia de una elaboración lógica de las normas jurídicas».

Bien es verdad que Cogliolo tiene un concepto muy elevado del método. Para él no es una cosa meramente externa y accidental. «Ordenar con arreglo á un sistema—afirma—, quiere decir coordinar entre sí los conceptos de una disciplina determinada, agruparlos según caracteres de afinidad intrínseca ó externa, encontrar sus relaciones orgánicas de descendencia y dependencia y remontarse poco á poco y gradualmente desde lo particular y concreto hasta algunos principios generalísimos y comprensivos de aquellos otros que les están subordinados. Construir un sistema es algo más que clasificar y agrupar; los criterios para distribuir en grupos los minerales y las plantas, son externos y visibles; pero en punto á los conceptos jurídices, además de la clasificación, debe tenerse presente la dependencia interna y la correspondencia recíproca de causa y de efecto, con lo cual la clasificación se convierte en organismo y el orden en sistema. Es, por lo tanto, evidente que el reducir el derecho á sistema es un trabajo puramente lógico... Pero para ordenar y coordinar (es decir, para hacer el sistema) es preciso tener algún criterio director que sirva de modelo y de piedra de toque... Los criterios para sistematizar los conceptos jurídicos pueden ser muchos. Determinar y fijar estos criterios corresponde al Derecho; construir el sistema con los criterios ya fijados es un trabajo de Lógica... Entendido de esta manera el *sistema*, no puede nunca ser sustituído por el *comentario*...; el camino que recorre el comentarista es, por su propia naturaleza, ineficaz para la consecución del fin de organizar y precisar las normas jurídicas, puesto que parte precisamente de aquel punto en que habría que detenerse á trabajar».

Esta misma es la opinión de Cimbali, cuando dice: «es imposible que con el comentario se adquiera la ciencia con su soplo innovador, con sus síntesis de los hechos, con su elaboración lógica de las leyes de desarrollo, enlazadas á los hechos y á las relaciones que los unen. El comentario nos podrá dar el análisis de los artículos, las variaciones de legislación á legislación, el concepto legislativo que ha venido imponiéndose á nuestros abuelos. Pero no puede reanimar el pasado de las instituciones; no puede estudiar las causas del diferente desarrollo de la vida civil en las distintas épocas; no puede conocer la organización de las instituciones como producto de la vida de un período determinado...».

Coincide en esto el ilustre Cimbali con Cogliolo; pero aquel malogrado Profesor de la Universidad de Catania, prematuramente muerto la víspera del día en el que los sufragios de sus conciudadanos le hubieran elevado á la Cámara popular, asocia la nueva tendencia del derecho civil á la ciencia sociológica, y propone con insistencia, en su obra citada *La nueva fase del derecho civil*, que se dé á este derecho un carácter predominantemente social, dejando el atomístico y exageradamente individualista que hoy tiene, y procurando que, en adelante, «el todo se sobreponga á las partes, á cuyo efecto es necesario que admita—la nueva ciencia del derecho civil—como postulado científico, el principio de que los fines ya realizados y las instituciones ya hechas no son más que estudios preparatorios de la integración civil, grados inferiores de unidad y de comunión. Es cierto que lo que está más cerca de nosotros, á nuestra vista, puede decirse que es el individuo; pero ya es tiempo de que las elucubraciones individualistas y atomistas se vayan eliminando. Esta ciencia, lo mismo que la ciencia social, debe penetrarse del íntimo proceso de la vida social; de manera que no sólo deberá estudiar lo que ha sido y lo que es, sino lo que puede y debe ser».

No desconoce tampoco Cimbali la importancia de la aplicación del evolucionismo al estudio del derecho civil, y aun ve con gusto la corriente iniciada en este sentido; pero con muy buen acuerdo reconoce ser el derecho civil el menos susceptible á semejantes influencias, ya que él «forma un organismo elaborado y llegado á su completa madurez en el período metafísico...».

Pero donde es más de admirar la obra de Cimbali es en su deseo de incorporar á los Códigos civiles toda esa legislación nacida al calor de las nuevas invenciones y descubrimientos que, constituyendo el verdadero derecho civil moderno, está, sin embargo, por injustificados prejuicios, apartada de los códigos vigentes. «En un código de derecho privado social—dice—es necesario tener en cuenta toda la grandísima masa de bienes con que se ha enriquecido el inventario y el patrimonio de las sociedades modernas. Es preciso incluir en él las recientes formas de propiedad inmueble, como los montes, las minas, las corrientes de agua, los telégrafos, los ferrocarriles, los talleres, las fábricas; y la propiedad mueble comprenderá, por su parte, toda la inmensa cantidad de instrumentos del trabajo, de los productos, de las mercancías y de todos los géneros que tienen un valor en el mercado. Además existen las cosas inmateriales que, al adquirir una forma ó manifestación exterior, adquieren también un valor semejante al de los demás bienes, puesto que prestan servicios y producen utilidades; tales son las cualidades ó aptitudes personales, los descubrimientos é invenciones industriales, las producciones artísticas y científicas, y los bienes de relaciones y clientela en las profesiones, las marcas, los talleres y oficinas, las casas industriales, etc. Además es preciso regular las nuevas formas de adquirir, modificar y perder la propiedad, en sus varias manifestaciones».

Esta es en síntesis la tendencia iniciada por Cimbali; la más equilibrada y comprensiva de las modernas teorías italianas; de las primeramente nacidas (1) y de las que más profunda huella quedará.

*
* *

Vamos á ver ahora rapidísimamente de qué modo, análogo movimiento se ha operado en otros países; en algunos de ellos, como en Alemania, de una manera más científica y fundamental que en Italia, aunque sin la trascendencia y universalidad adquiridas por los juristas de este país, circunstancia que nos ha impulsado á ocuparnos de él en primero y preferente lugar.

Recordando la distinción en grupos que de la nueva tendencia en Italia hemos hecho, veremos cómo aquél de los evolucionistas-positivistas en el derecho civil, representado por D'Aguanno, pierde notablemente en importancia al salir de Italia, su país natal; pero en cambio el primero, el de los partidarios de la escuela histórica, adquiere un valor excepcional al estudiar los juristas alemanes y franceses.

Entrando ya en la enumeración de aquéllos, no es posible prescindir de los que constituyeron la escuela histórica: Savigny, Hugo, Puchta, que con sus geniales concepciones llevaron nuevos métodos al estudio del derecho, renovando radicalmente los sistemas anteriores. Sin embargo, no fué Alemania la que más necesitada se hallaba de esta revolución; sin codificar su derecho no había aparecido en ella ese infinito número de comentaristas que, erigiéndose en escuela, ame-

(1) Cimbali murió en 25 de Junio de 1887.

nazaban en Francia con cegar toda otra fuente de derecho que no fuera su venerado y ajetreado Código.

Con todo, ya que no comentaristas de un código que no existía, convirtiéronse en idólatras del derecho romano, y su intenso cultivo determinó una corriente poderosísima en Alemania, la de los *Pandektenrecht*, que trazó un método en los estudios del derecho privado no contradicho ni discutido entonces sino por los *Deutsche Privatrecht*, más inclinados al tradicional derecho germánico, aunque, al igual que aquéllos, no muy bien definidos en sus aspiraciones finales.

La influencia de Savigny hizo más científico el estudio del derecho romano, decayendo la aplicación del derecho *pandectario* justinianeo, al mismo tiempo que el derecho germánico iba ganando terreno.

Los defectos característicos de los pandectistas son puestos de manifiesto por Jhering (1), que proclama la necesidad de traducir y encarnar en el derecho las aspiraciones del medio social. El derecho germano sigue su movimiento ascendente, y sus partidarios van realizando, tal vez de un modo inconsciente una revolución en el método de los estudios jurídicos.

En esta situación aparece en 1896 el proyecto de Código civil del Imperio alemán que había de ser ley el año 1900. Con él puede considerarse virtualmente muerta la escuela de los *pandectistas*, que ya no tiene razón de ser; siguen y seguirán publicándose *pandectas*, y Profesor habrá que muera aferrado á este sistema; pero el nuevo Código las irá sustituyendo lentamente en las Universidades, según ya reconocen Le·

---

(1) Véase *Zweck im recht*, dos tomos; Leipzig, 1887, el primero de los cuales fué traducido al francés con el impropio título de *La evolución en el Derecho*, el año 1902, y al castellano el año siguiente, por D. Leonardo Rodríguez; Rodríguez Serra, editor, Madrid.

nel (1), Schlossmann (2), Blume (3), Petri (4), etc., etc., y acabará por reducirlas á meros estudios histórico-jurídicos.

Por otro lado, en el Código ha influído de un modo notable toda la escuela de los pandectistas llevando su oscuro tecnicismo á sus muchas veces poco inteligibles disposiciones. Los juristas descubren este y otros defectos en el proyecto de 1896 algo más atenuados que en el primitivo de 1888; le acusan de romanista, y sobre todo, de amoral, egoista é individualista, de separar la ciencia del derecho de la vida jurídica y así se inician las nuevas tendencias. Más ó menos claramente se acusan éstas en las obras de los juristas contemporáneos: Gierke (5), Schultze Gævernitiz (6), Kohler (7), Fuld (8), Dernburg (9), Fleischemann (10), etc., etc., y sobre todo, en las del Profesor de la Universidad de Viena, Antonio Menger. Es éste el que más popularidad ha adquirido en Europa: una serie de artículos publicados en los años 1889-90 en el *Archive für sociale Gesetzgebung und Statistik*, del Dr. Braun, y coleccionados con el título *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, es traducida á la mayor parte de los idiomas

---

(1) *Das B. G. B. und das Studium des römischen Rechts*, discurso de inauguración del curso académico; Estrasburgo, 1896.

(2) *Bügerliches Gesetzbuch und akademischer-Rechtsunterricht*, discurso de inauguración del curso académico; Kiel, 1896.

(3) *Zur Reform des Rechtsstudiums*, artículo publicado en *Deutsche Juristenzeitung*, 1897.

(4) *Zur Reform des juristichen Vorbildung nach Erlass des B. G. B.*; Estrasburgo, 1897.

(5) *Die sociale Aufgabe des Privatrechts*, etc.

(6) *Zur socialen Frieden.....*

(7) *Die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche B. G. B.*, publicado en la *Zeitschrift*, de Grünhut, XXIII, 1896.

(8) *Das bügerliche Gesetzbuch und die Socialpolitik*, publicado en *Beiträge zur Erlaüterung des deutschen Recht*, de Gruchot, 1891.

(9) *Verhandlungen del 20, deutschen Juristentages.*

(10) *Die sozialpolitik.*

europeos (1) y promueve grandes discusiones y apasionados comentarios.

Escrito este libro desde el punto de vista de las clases proletarias (2), abunda en las ideas de Giantúrco, cuando decía: «la cuestión social está en el Código civil», y coincide con Cimbali en el marcado carácter socialista de su crítica. Fragmentariamente producido, es una extraña mezcla de ideas profundas y originales, y de afirmaciones gratuitas á veces, demasiado ligeramente lanzadas.

Con cierta ligereza, impropia de un jurista germano, rechaza igualmente las soluciones de la escuela histórica y del derecho natural (3). Algo más fundadamente, pero no con menor presunción, incapacita á la escuela histórica para legislar (4), si bien reconociendo que cabe á esta escuela la honra de «haber fijado de un modo exacto los hechos históricos, exponiéndolos según el sentido de la época respectiva, mientras se venía juzgando á las generaciones pasadas con el criterio y punto de vista de las opiniones é intereses del presente». Por lo demás —añade—la escuela histórica del derecho ha influído de un modo desfavorable sobre el progresivo desenvolvimiento del Estado y del derecho. El tesoro de ideas de tal escuela proviene principalmente de Blackstone y de Burke, cuyas opiniones fueron luego elaboradas, más en extensión que en profundidad, por Savigny y Puchta,

(1) Al castellano por el Profesor de la Universidad de Oviedo D. Adolfo Posada; Madrid, 1898. También recientemente se ha traducido por el mismo la obra de Menger, *El derecho al producto íntegro del trabajo*, publicada en alemán el año 1886.

(2) Mi propósito—dice Menger—no puede encaminarse sino á demostrar de qué modo los intereses del proletariado se hallan perjudicados y sin suficientes garantías en el nuevo proyecto, aunque sea reconociendo como punto de partida los principios fundamentales de nuestro moderno derecho privado», ob. cit., pág. 76.

(3) Ob. cit., trad. esp., pág. 79.

(4) Ob. cit., pág. 88.

Sthal y otros representantes de la tendencia histórica en Alemania. Ya en Burke se ve, al interpretar históricamente el derecho y el Estado, manifestarse la opinión, que califica de locura y delito toda profunda modificación del sistema del derecho vigente, aunque esta modificación fuese absolutamente reclamada por los cambios de las proporciones del poder dentro de la social; y los secuaces de Burke en Alemania no hicieron más que atenerse á ese mismo modo de pensar. Penetrados en la interpretación orgánica del derecho y del Estado, olvidan con demasiada facilidad que los huracanes y terremotos forman parte del regular desenvolvimiento de la naturaleza, al igual que el lento progresar de los animales y de las plantas» (1).

Continuando sus censuras contra los partidarios de la escuela histórica, afirma que «entretenidos con el estudio de épocas y de condiciones remotas, partidarios de las ideas tradicionales del derecho, con una tenacidad que recuerda la de las más estrechas ortodoxias, no se dieron cuenta de todos aquellos repetidos cambios que á principios de nuestro siglo se verificaban tanto en Alemania como en otros países: la agravación continua del antagonismo entre ricos y pobres, la reorganización de las clases no pudientes, que llegaron á formar un verdadero poder histórico universal» (2).

Este es el concepto que tiene Menger de la escuela histórica; veamos ahora el que le merecen los actuales métodos de estudio y regulación positiva del derecho privado. «La prosa en verso—dice—no es siempre y por modo necesario poesía; y un compendio de derecho civil, redactado en párrafos independientes, no es tampoco necesariamente un Código» (3).

(1) Ob. cit., pág. 91
(2) Ob. cit., pág. 93.
(3) Ob. cit., pág. 94.

La función del compilador y la del legislador son bien diferentes—afirma Menger—; la del primero está limitada á reproducir, con la mayor fidelidad y perfección posibles, el material tradicional del derecho y sus bases históricas; la del legislador es muy distinta: «Si quiere merecer el nombre de tal—dice—, debe considerarse como el educador de su nación, y debe ponerse por encima de todo el material jurídico acumulado á través de las reglas. De conformidad con su tarea conservadora, debe observar los movimientos de las condiciones jurídicas existentes; pero al contemplar cualquier máxima ó institución jurídica importante, examinará si aquélla ó ésta corresponden todavía á las condiciones de potencialidad existentes en la vida social. Si el examen resulta negativo, realizará las oportunas modificaciones, sin preocuparse de si habrá violentado la susceptibilidad de quienes se encuentran en lo alto ó de los que estén en bajo. En el caso de una modificación no completamente verificada en las condiciones del poder social, podrá preparar el porvenir y podrá ejercitar cierta actividad intuitiva, lo que constituye el superior y á la vez el más difícil problema de la legislación, tanto más enérgicamente, cuanto con mayor rapidez progrese el desenvolvimiento social de una época. En breves términos: la mirada del verdadero legislador no se vuelve hacia el pasado, sino que debe contemplar el porvenir» (1).

Con este concepto de la misión del legislador, naturalmente que ha de parecerle á Menger malo el Código civil alemán, de cuyos redactores afirma que «si hubieren encontrado en el derecho vigente en Alemania, con casos subsistentes aún, la esclavitud y la servidumbre de la gleba, hubieran conser-

---

(1) Ob. cit., pág. 95.

vado cuidadosamente en el proyecto esas admirabilísimas instituciones jurídicas» (1).

La forma adoptada por el Código merece á Menger análogas censuras. Debiendo ser á su juicio la legislación más clara, popular é inteligible para todos, ha resultado el Código «una obra cuya manera abstracta é impopular de expresión es perfectamente insuperable» (2).

El actual derecho civil es, en resumen, para el Profesor de Viena, como para los juristas italianos que hemos citado, un derecho arcáico perfectamente inadecuado á las necesidades de la vida moderna. Un derecho anticuado ya que «la transformación popular de las organizaciones públicas dejó casi intacto el derecho privado, y así ocurre que la legislación y la ciencia del derecho civil se encuentran entre aquellos ramos de nuestra vida intelectual que menos han progresado» (3).

*
* *

No han tenido las nuevas tendencias gran desarrollo en Inglaterra, país en el que tampoco se han dado las causas que las han motivado en el continente. Inglaterra ha desenvuelto su legislación civil sobre las bases del *common law* y la *equity*, análogos, según dice acertadamente Sumner-Maine (4), al derecho civil romano y al derecho pretorio. De este modo, el derecho civil inglés, esencialmente consuetudinario y equitativo, por decirlo así, se ajusta en cada momento á las necesidades de la vida y evita esas divergencias entre la ley, los ju-

(1) Ob. cit., pág. 97.
(2) Ob. cit., pág. 99.
(3) Ob. cit., pág. 83.
(4) *Ancient Law*. Hay una traducción española de D. A. Guerra; Madrid, 1893 94.

ristas y la realidad á que los códigos y sus comentaristas han dado lugar.

Sin embargo, en el orden económico, en el que tanto se ha avanzado en el pasado siglo, y sobre todo, en lo que respecta á la propiedad inmueble, el tradicional derecho inglés no ha sabido adaptarse con la prontitud debida á las nuevas necesidades, y algunos tratadistas ingleses (1) achacan á esto la emigración y trastornos sentidos entre los labradores, pidiendo urgentemente la reforma de su legislación.

De todos modos, es de notar cómo el espíritu práctico de este país ha obviado las dificultades que el legislador del continente no ha sabido evitar ni vencer.

*
* *

Dejando de propósito á Francia para el último lugar, estudiaremos brevemente el desarrollo que las nuevas tendencias del derecho civil han tenido en España.

No se ha planteado entre nosotros el problema en los mismos términos que en otros países hemos visto, y en que, según veremos, se planteó en Francia. El Código civil, de fecha reciente, aunque inadecuado para las necesidades de la vida jurídica española, tiene, por decirlo así, un *descrédito inicial.* Nuestro Código no ha producido entusiasmo en la nación, y por lo tanto, no son de temer una escuela estrecha y cerrada de comentaristas como la francesa, ni Profesores que, como el citado Buguet (2), afirman que «no explican derecho civil, sino que exponen el Código»; antes, por el contrario, de mi

(1) SIDNEY C. BUXTON, *Handbook to the political questions of the day*, pág. 151.
(2) Pág. X.

inolvidable maestro D. Augusto Comas, podía decirse que, en su última época, «no explicaba derecho civil, sino que censuraba y criticaba el Código civil». Y ahí está su interesante y por desgracia no terminada obra (1), que confirma lo dicho, así como su brillante campaña parlamentaria en la discusión del proyecto de Código.

El ilustre maestro indicaba ya antes de su promulgación, la necesidad de introducir una profunda y radical transformación en el método de los estudios jurídicos y en el inorgánico y desordenado plan del nuevo Código. Proponía, y razonadamente defendía, un Código civil científico y moderno; presentó su razonada enmienda y, *vox clamantis in deserto*, el legislador promulgó su obra, y el Código nació sin el entusiasmo de la mayoría y con la expresa condenación de los doctos.

Un Código aparecido en estas condiciones no podía producir una escuela de entusiastas admiradores que vieran en él la fuente única del derecho privado español, y de aquí la menor importancia del comentario en España. Por eso los comentaristas de más fama, el Sr. Manresa (2) y sobre todo los distinguidos Abogados que ocultan su nombre bajo el seudónimo de Mucius Scævola (3), tienen un criterio más amplio y progresivo que el de los comentaristas franceses.

El mismo legislador ha reconocido y reconoce en estos momentos la *inadecuabilidad* del Código civil para satisfacer las necesidades de las nuevas clases sociales, promulgando leyes que, como la de accidentes del trabajo, trabajo de la mujer y los niños, y la reciente de represión de la vagancia y men-

---

(1) *La revisión del Código civil*; 6 tomos; Madrid, 1889 902.
(2) *Comentarios al Código civil*. En publicación: cinco tomos; Madrid, 1890-900.
(3) *Código civil concordado y comentado*. En publicación: 20 tomos; Madrid, 1889-1902.

dicidad (1), no son más que disposiciones fragmentarias de puro derecho civil, que modifican, en cuanto á los proletarios y menesterosos se refieren, muchos artículos del Código civil; ¡de ese Código, reservado hoy por el legislador para las clases acomodadas, perfectamente inútil á las menesterosas, y que, estacionario apenas nacido, ha degenerado en Código de clase, evocando al lado de las citadas *leyes sociales*, el recuerdo de aquél dualismo de nuestra legislación en los tiempos de Eurico y Alarico!

Sea por este escaso valor de nuestro Código, sea por cualesquiera otras causas, lo cierto es que las nuevas tendencias del derecho civil, sin haber sido abiertamente rechazadas por los publicistas españoles, no ha encontrado tampoco entre ellos ardientes defensores.

Uno de los que mejor recibieron la nueva escuela fué el ya citado, querido maestro mío, D. Augusto Comas, quien, con un espíritu abierto como no es general en el ocaso de la vida, decía al joven Profesor Cimbali en una carta inserta por el distinguido jurisconsulto Sr. Sánchez Román, también Profesor de derecho civil en la Universidad de Madrid, en su prólogo á la traducción española de la obra de Cimbali, carta de la que reproducimos como homenaje á la memoria del maestro, lo siguiente:

«... creo, como usted, que las puertas del derecho civil no deben cerrarse al espíritu innovador de nuestra época. Me parece que, abrazando todos los actos de la vida humana, y habiéndose modificado ésta profundamente por la continua evolución de la sociedad, el derecho privado no puede mantenerse extraño á este continuo progreso sin que deje cumplir su fin. He aquí por qué he sostenido siempre en la cátedra

---

(1) Ley de 23 de Julio de 1903.

que los moldes de los Códigos vigentes son pequeños para la moderna esfera civil. Me parece que aquellos países, como el mío, en los que todavía no se ha podido realizar la obra codificadora en materia civil, deben separarse del Código francés, que ya su ilustre conciudadano Pellegrino Rossi, encontraba deficiente.

»Es necesario partir de una base nueva, como usted perfectamente dice; es necesario empezar por romper la antigua estructura y servirse de otra nueva, teniendo en cuenta la importancia extraordinaria reconocida en nuestros días al método.

»Por otra parte, tiene usted mucha razón cuando acusa á los modernos Códigos de individualismo, porque ninguno tiene en cuenta aquel segundo sujeto jurídico, que vagamente se llama persona moral, y que yo he bautizado con el nombre, en mi sentir más exacto, de persona colectiva, para ponerlo en contraposición con las personas individuales. Para mí las asociaciones representan una parte importantísima en el moderno derecho, atendido el estado de la sociedad; así es que no es posible olvidarlo sin dejarlo defectuoso.

»Por último: también yo pienso como usted acerca de la necesidad de dar más amplitud á la esfera del derecho civil, haciendo comprender bajo sus moldes muchas materias objeto hoy de leyes especiales.

»Usted verá que nuestras ideas tienen muchos puntos de semejanza...»

¡Lástima grande que pocos años después la muerte del esclarecido Profesor dejara incompleta la obra de quien no envejecieran los años ni los trabajos activos de la política y el bufete á que venía consagrado!

La labor de D. Augusto Comas en los últimos años de su vida es admirable. Más de treinta llevaba de Profesor, y cuan-

do tan largo trabajo parecía hacerle acreedor á algún descanso; cuando además sus trabajos profesionales y parlamentarios le impedían estar constantemente al tanto de la numerosa bibliografía contemporánea; cuando menos puede esperarse, aparece D. Augusto Comas escribiendo su obra desgraciadamente no terminada; obra en la que el natural talento del Profesor insigne suple con ventaja la falta de abundantes fuentes bibliográficas y en la que su poderosa intuición le orienta tan bien como pudiera hacerlo un detenido estudio; obra que entra de lleno en las nuevas tendencias renovadoras del derecho civil; obra en la que se acomete de frente el problema del método, concepto y fuentes del moderno derecho civil, dando soluciones prácticas para la reforma de la codificación española, inspiradas en un sentido innovador y progresivo sin exageraciones ni tibiezas.

Esta es la obra de D. Augusto Comas. Tal vez ella me haya ocupado algunos renglones más de los que en este lugar dispongo, muchos menos siempre de los que ella merece, pero sírvame de disculpa el cariño al que fué en vida mi querido maestro y á cuya memoria estoy especialmente obligado.

No son muchos más los juristas españoles que han estudiado el desarrollo de estas tendencias y que se han mostrado, si no partidarios, simpatizadores al menos de ellas, salvando siempre los radicalismos á los que, por fortuna, no somos en exceso aficionados.

El Catedrático de Legislación comparada de la Universidad Central D. Gumersindo de Azcárate, tanto en su libro sobre *El derecho de propiedad* (1), verdadero modelo de obras de exposición crítica de la historia de una institución, cuanto en su *Resumen de un debate sobre el problema social*, especie de ma-

---

(1) *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*; 3 tomos; Hijos de Reus, Madrid, 1879-83.

nual, indispensable, á pesar de su fecha (1), para cuantos quieran orientarse en esta materia, y sobre todo, en su discurso de inauguración del curso académico del Ateneo de Madrid de 1893, se muestra conocedor profundo de los factores que integran la llamada cuestión social, determinando el problema jurídico y siendo tal vez el primero que cita en España la célebre frase de Gianturco: «casi todo el problema social está en el Código civil» (2).

El año 1891 publica el distinguido Catedrático de derecho penal de la Universidad de Salamanca, Sr. Dorado Montero, su libro *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana* (3), y en él consagra un capítulo á las nuevas tendencias del derecho civil en Italia, resumen completo y acabado del estado en que se encontraba entonces la cuestión, fuertemente documentado con extensas y acabadas notas bibliográficas.

El ha servido de guía á muchos escritores españoles y de él nos hemos aprovechado nosotros grandemente.

El mismo año de 1893, que publicaba su obra el Sr. Dorado Montero, pronunciaba en el Círculo de Abogados de la Habana D. Pablo Desvernine una interesantísima conferencia sobre las «Nuevas tendencias del derecho civil», impresa después afortunadamente (4), conferencia que por sí sólo basta para cimentar una merecida fama de jurisconsulto eminente.

Conocedor del movimiento en Italia, y mejor aún de las fundamentales obras de los juristas alemanes, el discurso del

(1) Madrid, 1881.
(2) Discurso citado, pág. 9.
(3) Madrid, imprenta de la REVISTA DE LEGISLACIÓN, á cargo de J. M. Sardá. Es segunda parte de la obra *La antropología criminal en Italia*; la misma imprenta, 1889.
(4) Imprenta española de Ricardo de Requesens; 116 Maiden Lane, New York.

Sr. Desvernine merece ser conocido por cuantos á estos estudios dediquen su actividad.

Algún tiempo después el actual Catedrático de derecho civil de la Universidad de Valladolid, D. Calixto Valverde y Valverde, distinguido Abogado y publicista bien conocido por sus ya numerosas obras, publicaba una sobre *Las modernas direcciones del derecho civil* (1), que no hemos podido proporcionarnos. Pero aun cuando esta obra nos sea desconocida, otros trabajos del mismo publicista, que fué fundador y director de la Revista jurídica de Valladolid, y sobre todo los coleccionados bajo el título de *Génesis del derecho* (2), nos permite desde luego afirmar que es uno de los que mejor conocen en España el estado actual de las nuevas tendencias del derecho civil y de los Catedráticos que con más fundamento pueden hacer un acabado cuadro de la cuestión.

También su antecesor en la cátedra, hoy Profesor de la Universidad de Barcelona, D. Felipe Clemente de Diego, es uno de los Profesores, honra de las Universidades españolas, que mejor conocen y estudian estas cuestiones, y por eso, y por su activo comercio intelectual con el extranjero, y especialmente con Alemania, demostrado en su reciente obra *Introducción al estudio de las instituciones de derecho romano* (3), hay derecho á esperar mucho de él cuando publique el resultado de sus estudios en el derecho civil.

La obra del ilustre jurisconsulto español, Profesor de derecho civil en la Universidad Central, D. Felipe Sánchez Román, merece capítulo aparte; con todo no disponemos del espacio que merece.

---

(1) Valladolid; un tomo en 4.°, 1899, según la lista de obras publicada en otro libro del mismo autor.
(2) Valladolid; Tipografía de Cuesta, 1901.
(3) Madrid, Imprenta de Tello, 1900.

El distinguido prologista de Cimbali es el primero y el único que, hoy por hoy en España, ha empezado la publicación, extensa y detallada, de nuestras instituciones del derecho civil, de un modo verdaderamente científico, y con un plan y método en armonía con las corrientes renovadoras del derecho civil. Tamaña empresa es en nuestra patria romper con los antiguos métodos; el Sr. Sánchez Román, sin embargo, con su indiscutible autoridad, proscribió de su monumental obra, hoy en publicación, *Estudios de derecho civil* (1), el tradicional y arcáico sistema de «personas, cosas y acciones» que, más ó menos hábilmente disfrazado, ha venido á cristalizar en nuestro Código civil, con sus personas, propiedad y su transmisión y contratación.

Con un método análogo al empleado por Cogliolo en su *Manual de filosofía del derecho privado*, ya citado, y en la forma preconizada por la escuela histórica, agrupa el ilustre tratadista el derecho civil en cuatro grandes instituciones: Obligaciones, Derechos reales, Familia y Sucesiones. Antepone una parte general, extenso estudio del sujeto, objeto y relación jurídica, siéndole innecesaria, y no admitiendo, por tanto, esa otra institución «Derecho de la personalidad», que Azcárate (2), entre otros, estudia separadamente.

En el desarrollo de su obra, así como en el hermoso prólogo que puso á la traducción española de *La nuova fase del diritto civile*, de Cimbali, se muestra como genio abierto á las nuevas tendencias, al mismo tiempo que, con una suprema pruden-

(1) *Estudios de derecho civil*, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil é historia de la legislación española; 5 tomos; segunda edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1890 1898.

(2) Véase el programa de un curso de derecho civil, inserto en el *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, año 1.°, núm. 6, pág. 18.

cia de verdadero jurisconsulto, rechaza las teorías demasiado exageradas de los innovadores desenfrenados que reputan malo todo lo antiguo por el solo hecho de serlo.

El ideal del Profesor Sánchez Román respecto de las nuevas tendencias del derecho civil, se ve en el juicio crítico que hace de la labor de Cimbali, en el prólogo tantas veces citado, juicio que transcribimos á continuación por ser perfectamente aplicable á la obra científica del propio Sr. Sánchez Román, que tiene en su favor la ventaja de una larga práctica de profesorado y de vida forense, que desgraciadamente no alcanzó el Profesor de la Universidad de Roma.

«Atento—Cimbali—á las imperiosas apelaciones del progreso y las firmes creaciones de la tradición y enseñanzas de la Historia, representa una poderosa fuerza inteligente dotada de madurez en el conocimiento de la realidad y de clarísima precepción en las exigencias del porvenir.

»Nada de irreflexiones innovadoras ó de progresos violentos; pero nada tampoco de estacionamientos, petrificaciones y sistemáticas resistencias á la reforma prudente y constante, pero paulatina, y á la evolución racional y legítima como necesaria. Era aquel espíritu la fórmula de una ecuación perfecta, la pura expresión de un poder científicamente constituyente; su norte era marchar en armonía con el tiempo; caminar siempre hacia adelante, pero la vista puesta en el pasado para conocer bien el presente y graduar mejor la acción del progreso en el porvenir sobre la segura base de que el derecho es una creación para condicionar la realidad de la vida toda, y no puede concebirse ni debe mantenerse en un quietismo que le haga estéril, inadecuado, insuficiente y anacrónico.

»Nada de perezas y atrofias, contrarias al desenvolvimiento racionalmente progresivo del derecho, concordado con los criterios de época y de lugar; pero tampoco nada de intempe-

rancias de reforma ni de fiebres del deseo de mejoramiento; y nada, en fin, de letargos y de inconsciencia y desapercibimiento de las imperiosas reclamaciones de la realidad del desarrollo social en cada tiempo; un espíritu convencido, una vocación henchida de anhelos científicos y una conciencia llena de probidad; una fuerza, en suma, inteligente, sensata, ordenada y fecunda, puesta al servicio, con ardoroso empeño y noble desinterés, de un progreso jurídico sólido y civilizador.

»Procuraba con afán alejarse por igual de caer en los nuevos empirismos de las cristalizadas legislaciones históricas, cerradas á toda acción innovadora, así como de no ser víctima de las abstracciones exóticas inaplicables y perturbadoras. Su ideal era concertar la ley civil con la ciencia jurídico civil, y ésta con la verdad sociológica; y por eso quería llevar á la primera la mente ordenadora y el criterio orgánico de la segunda, á la vez que implantaba en la ciencia el sentido práctico de la ley y renovaba ésta al calor de la moderna sociología. ¿A qué ese divorcio entre el derecho civil y la ciencia del derecho civil, tan distanciados y hasta contrapuestos, si ambos deben ser, para que cumplan su cometido, expresión de la verdad, y la verdad no es más que una, con las dos manifestaciones, de la verdad en la realidad de los hechos sociales para la ley, y la verdad en la realidad de los principios para la ciencia? Pero entiéndase bien: la ciencia del derecho positivo; el verdadero resultado de la pura concepción del derecho constituyente en todo su vigor, de apropiación de tiempo y de lugar y de perfecto equilibrio de todos estos elementos; no ni nunca, la ciencia jurídica abstracta, la filosofía general del derecho absoluto.

»A ese ideal, perseguido por Cimbali, como codiciada meta de la incesante labor de una vida, tan corta como brillante y aprovechada, corresponde el objetivo principal de todos sus

afanes y trabajos. Por eso el punto de partida de sus investigaciones, lo mismo que el norte de sus aspiraciones, fué la reforma del derecho civil italiano, siempre mediante el procedimiento seguro de su reconstrucción sistemática, bajo el molde y previa constitución de la ciencia jurídico-civil en armonía con los dictados de la actual sociología.»

....

Antes de terminar este apartado, fuera injusta omisión prescindir de los trabajos sobre la materia, de los Profesores de la Universidad de Oviedo Sres. Buylla (1) y Posada (2); el hermoso discurso inaugural del curso 1894-95, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por su entonces como ahora Presidente D. José Canalejas; brillante resumen de cuanto nuevo había en el derecho civil, desde Romagnosi y Rossi hasta D'Aguanno y Gierke, hecho con la elocuencia que caracteriza al brillante orador demócrata, y el no menos hermoso discurso leído en la misma Academia, en la inauguración del curso 1900 901, por D. Raimundo Fernández Villaverde, hoy Presidente del Consejo de Ministros, discurso que, versando sobre *La cuestión social y el derecho civil*, es un acabado resumen del estado del problema en Italia, y una crítica de la obra de Menger, fuertemente documentado, y modelo digno de ser imitado en esta clase de discursos, demasiado banales por regla general en España.

En este discurso, verdaderamente analítico, falta una parte sintética que su distinguido autor promete para otra ocasión, y son muy de notar los párrafos finales, en los que, refiriéndose á «los nuevos principios y preceptos», dice textualmente: *á los cuales debe el Código abrir sus páginas sin demora y no puede*

(1) *La cuestión obrera y las leyes.*
(2) Introducción á la traducción española de la obra de MENGER, *El derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898.

cerrarlos sin injusticia ó sin incuria (1). En manos del Sr. Villaverde está hoy el cumplir sus propios deseos; en la más alta magistratura electiva de la nación, en nadie puede descargar la responsabilidad de no hacerlo, responsabilidad no solamente moral, sino en cierto modo legal, desde el momento en que el Código civil, que debiera decenalmente ser revisado, lleva ya más de *cinco* años de ilegal estacionamiento, á pesar de que, según el actual Presidente del Consejo, *sin demora* necesita la reforma; y sólo por *injusticia ó incuria* puede dejar de hacerse en un sentido abierto y progresivo.

A pesar de esto, ¿hará algo el Sr. Villaverde? (2).

***

Llegamos ya con esto al examen de las nuevas tendencias en Francia; examen que ha de ser, más que breve, brevísimo, pues infinitamente mejor que nosotros pudiéramos hacerlo, va hecho por el distinguido jurista, autor del trabajo que sigue á este Prefacio, M. E. Lambert, en la magnífica obra, cuya es una parte, el estudio que ahora por primera vez publicamos y que en estos momentos acaba de ver la luz pública en Francia con el título de *La fonction du droit civil comparée* (3). Por esto nuestra misión ha de reducirse á indicar la importancia del movimiento, haciendo resaltar cómo Francia va á su cabeza en la cuestión del *método* en el estudio del derecho civil, que tan seria y hondamente preocupa á los tratadistas france-

---

(1) Pág. 117.

(2) Compuesto lo anterior, el Sr. Villaverde ha dejado de ser Presidente del Consejo, sin que, por desgracia, nada se haya hecho en este punto. De esperar es que en otra situación en que gobierne, se ocupe en estos importantísimos problemas, seguramente contra su voluntad ahora abandonados.

(3) París, Véase GIRARD y E. BRIERE, 1903.

ses, y cómo entre éstos es notoriamente el primero M. E. Lambert.

De cómo se encontraba Francia bien promediada la segunda mitad del siglo XIX, ya hemos hablado en la primera parte de esta Introducción. La escuela de los intérpretes del Código civil había llegado á su apogeo con la obra de Laurent. Encaminados en el mismo sentido la mayoría de los Profesores y publicistas franceses, Demolombe, Rav, Mercadé, Aubry, etc., consideran como fuente única del derecho privado el Código civil, al que comentan y concuerdan de mil modos, pretendiendo suplir con una ridícula y funesta analogía las deficiencias que en el mismo notan, y constituyéndose en escuela, fundan lo que Geny llama el *método tradicional.*

El método en principio es bien sencillo: tan sencillo como erróneo. No hay más fuente de derecho que la ley, y á ella han de ajustarse necesariamente todos los actos jurídicos. El legislador, con una previsión omnisciente, debe haberse percatado de todas las necesidades presentes y futuras de la vida jurídica. No hay hechos nuevos y totalmente imprevistos—según ellos—; lo más que puede haber son casos, si no iguales, *análogos* al menos á los regulados por la ley. La aplicación de este principio de la analogía, del que no ha abusado tanto el legislador alemán como el francés, ha sido, sin embargo, intencionadamente estudiado y censurado por Menger desde el punto de vista de las clases proletarias (1), demostrando el evidente perjuicio que éstos sufren con la aplicación de tal principio.

Es natural. Y no son ellos solos los perjudicados; lo son todas aquellas instituciones verdaderamente nuevas, cuyos precedentes no habían impresionado bastante al legislador para

(1) Ob. cit., trad. española, pág. 107.

concederles el honor de figurar en el Código; son las relaciones jurídicas nacidas de la electricidad, el vapor, etc., condenadas á ser reguladas, *por analogía*, por los mismos preceptos nacidos en Roma para dar forma jurídica á la compraventa de muebles y semovientes que han venido transcribiéndose en las leyes de generación en generación; ¡por los mismos preceptos la compraventa de un caballo *pura sangre* y la de un caballo... de vapor! ¡Oh sacrosanta analogía!

Este uso y abuso de la aplicación del principio de analogía es, como todos los defectos de esta escuela, lógica consecuencia de su idolatría por la ley, forma solemne de expresión de la voluntad de una autoridad inapelable, de un legislador inflexible, cuya voluntad, expresa ó tácitamente manifestada, hay que acatar y cumplir. Axioma indiscutible sobre la base de una monarquía absoluta, de un legislador cuya autoridad emana inmediatamente de un *derecho divino*, es presunción absurda y ridícula, en los actuales Gobiernos representativos, cuyo fundamento descansa en la soberanía popular. Contraste entre la teoría y la práctica del sistema constitucional puesto de manifiesto por el Sr. Costa de un modo pintoresco y sujestivo, no exento tal vez de exageraciones, pero que con profundidad y elocuencia expresa gran parte de lo que nosotros queremos exponer (1).

He aquí algunos párrafos:

«..... y como la soberanía declarada ó reconocida en la Constitución no es más que una palabra; como la soberanía donde tiene su eficacia es en la vida, es claro que negándola en la vida, aunque la proclamen en la Constitución, que es un papel, los liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son

(1) *Discurso de recepcion en la Real Academia de Ciencias Morales y políticas*, Madrid, 1901.

absolutistas, sin más diferencia respecto de los devotos del régimen antiguo, que en vez de colocar la fuente viva, real, de la soberanía en un Rey, la trasladan á su propia persona en su calidad de órganos del Estado oficial. Desorientados por la apariencia externa, diríase que ven las cosas á través de una lente biconvexa: «Yo soy Diputado á Cortes, yo soy Senador del Reino, yo soy Ministro de la Corona: por consiguiente, soy legislador, y siendo legislador, claro está, soy soberano: el pueblo está ahí para obrar como yo disponga, y para cambiar de dirección y de conducta cuando á mí me plazca; si no hace caso de *mi* ley, de *mi* reglamento ó de *mi* real orden, es que me desobedece, y debo compelerle y extirpar la regla que ha osado estatuir enfrente de la mía, sin mi conocimiento y contra mi voluntad».

»Pues bien, señores, este razonamiento será exacto invirtiéndolo: «Tú, Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano: derecho positivo que verdaderamente sea derecho, no hay otro que aquél que el pueblo dicta expresamente en sus hechos al Ministro ó al Diputado, ó el que el Diputado ó el Ministro saben adivinar en las elaboraciones más ó menos calladas de la opinión: si el pueblo crea una costumbre «fuera de ley», es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vió que existía allí una necesidad demandando plan, regla para satisfacerse; si el pueblo crea una «costumbre contra ley», es que el legislador, por distracción, por precipitación ó por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad ó no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era adecuada, que le venía ancha, que le venía estrecha, ó que le era enteramente exótica. Y en ese caso, señores, no digamos que el pueblo ha sido infiel á la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador

quien desobedece al pueblo, único soberano. Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme á la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es *ley según costumbre*, *fuera de costumbre* y *contra costumbre*, y lo que se debe indagar es cuál de estas tres categorías de ley es la legítima, caso de que alguna lo sea. Siempre que el problema se ha planteado desde el punto de vista de la ley considerada como fuente primordial, como fuente normal y regular, y en una palabra, como tipo, para decidir á cuál especie de costumbre reconocería carácter de derecho positivo y á cuál no, la multitud se ha llamado á engaño, apresurándose á rectificar: «Tengo el honor, ¡oh pueblo!, de presentarte á la costumbre...»—«¿Y á tí quién te presenta, ¡oh legislador!? ¡Sí, soy yo, yo el pueblo, yo el soberano, hoy lo mismo que ayer, en el régimen constitucional, como bajo el régimen absoluto, quien debe presentártela á tí para que la acates y reverencies y te guíes y gobiernes por ella!»

»Consiste esto en que el liberalismo no ha dejado todavía los andadores de la infancia; que no se ha movido aún del lugar en que lo dejó hace más de medio siglo Donoso Cortés, aquel ilustre doctrinario, que aventajó en brillantez de concepción al mismo Guizot y Perier, inventores del sistema. Lo mismo que él, siente aversión á la llamada soberanía de derecho divino, considerándola atentatoria á la dignidad del hombre; pero no se decide á reemplazarla por la soberanía del pueblo, al menos activa, porque la encuentra destructora de esa uniformidad militar que le seduce, y discurre sustituirla por una coparticipación de lo más original que se ha inventado en la historia. Tú, pueblo, y yo, legislador, ejerceremos mancomunadamente la soberanía: teóricamente, ésta residirá en tí, y nada más que en tí, pero á condición de que sea yo, y nada más que yo, quien la ejerza; ó más claro: cada año la

ejercerás tú un día, el día de las elecciones, y yo los trescientos sesenta y cuatro días restantes. Y con efecto, el día de las elecciones se le pone al pueblo manto de púrpura en la espalda, corona de oro en la cabeza: el aspirante á legislador, postrado de hinojos delante de él, proclámale *Caesar*, *rex sui juris*, lo agasaja y adula, agotando el manual del perfecto cortesano; solicita de él como un favor la carga de servirle de balde. Pero cayó la papeleta, como si dijéramos el cetro, en la urna, y se acabó la soberanía: el diputado, el senador, el ministro, desciñen al pueblo la corona, echan una losa sobre su voluntad, le mandan como á un recluta, llévanlo al calvario del Congreso, lo crucifican á discursos y á leyes imperativas, y le condenan por desobediente y mal criado si se permite tener opinión sobre lo que más le conviene y traducirla en un desuso, ó en una costumbre, ó en un «se obedece pero no se cumple.»

....

Y este antagonismo entre el derecho *oficial*, ó solemnemente proclamado por el legislador, y el derecho positivo y real, establecido por el pueblo, señalado por Costa, se manifiesta en el desarrollo de la vida jurídica de un modo más visible é importante en la esfera del derecho privado que en la del público. Así en el derecho penal, por ejemplo, dándose la relación principal entre el pueblo que delinque ó es perjudicado por el delito, y el Estado oficial que sanciona la transgresión de sus preceptos escritos, tiene la voluntad del legislador una importancia mucho mayor que en el derecho privado, ya que siendo aquél quien principalmente impone la sanción, natural es que no se atenga para imponerla más que á sus propios preceptos (1); pero en el derecho privado, en el

(1) Sin embargo, el olvido en que yacen las innúmeras y rigurosas disposiciones sobre el duelo, no condenado por la conciencia pú-

que la relación principal se da entre el pueblo mismo, de particular á particular, sin intervención apenas del Estado oficial, necia pretensión es la de éste al suponer que sus prescripciones solemnemente promulgadas han de tener un valor superior al de las reglas jurídicas directamente elaboradas por el pueblo (1).

El problema de las relaciones mutuas entre las fuentes del derecho privado positivo, del que tan ligera idea hemos dado, es actualmente estudiado en Francia mejor que en parte alguna: la obra del distinguido Profesor de la Universidad de Dijon, M. Geny, titulada *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo* (2), es su mejor demostración.

Si fuéramos á dar una idea, por ligera que fuere, de este interesante libro, nos saldríamos de la reducida extensión forzosamente impuesta á este trabajo.

Geny, que ha estudiado profundamente el problema, expone de un modo claro y conciso el método tradicional de interpretación jurídica. Estudia la evolución del método y el reconocimiento é interpretación de las fuentes, materia según hemos visto interesantísima, y después de una acertada crítica de lo que denomina el *método tradicional*, sienta las bases, quizás no demasiado sólidas, para la reconstitución del método y dá una teoría de las fuentes del derecho civil positivo.

En su fundada crítica, Geny señala como características lamentables del método tradicional, dos principios: el abuso

---

blica, al mismo tiempo que ésta sanciona severamente ciertas transgresiones de las leyes morales no constitutivas de delito según la ley, son pruebas inequívocas de que el pueblo no abdica jamás de su derecho.

(1) En el derecho mercantil, rama del derecho privado de carácter eminentemente progresivo, el mismo legislador ha tenido que reconocer universalmente esta decisiva importancia de la costumbre.

(2) Traducción española, publicada por los Hijos de Reus, Madrid, 1903.

de las abstracciones lógicas y la exageración del elemento legal. Aquélla produce los mismos fatales resultados que hemos señalado al hablar de la aplicación de la analogía en la interpretación de la ley (1); la última no es otra cosa que la cuestión á que constantemente nos venimos refiriendo; la que tan pintorescamente exponía Costa; la que encierra en sí misma todo el problema. El abuso de las abstracciones lógicas, la aplicación constante del principio de la analogía, ¿á qué obedece sino á la errónea creencia de que la ley es ó puede ser única fuente del derecho privado?

Según ya hemos dicho, el libro de M. Geny (2), y sobre todo, la hermosa y recientísima obra de M. Lambert (3), evitannos decir cómo los mismos redactores del Código de Napoleón y aun sus primeros comentaristas, educados en otras teorías que las siguientes generaciones, jamás se atrevieron á considerar la ley como fuente privativa del derecho civil; como Portalis, ilustre colaborador en la obra legislativa de Napoleón, diputaba error profundo el considerar la ley única fuente del derecho; como la escuela histórica fué la primera que de un modo abierto se puso contra el método tradicional; como el mismo Fustel de Coulange (4), que hacía ya notar la analogía entre los estudios históricos y los sociológicos, que después sirvieron de base á ciertos civilistas italianos; como M. Labbé, en sus interesantes notas, había comprendido ya la importancia del problema; y como, finalmente, en la última

(1) Véase la pág. XLIV.
(2) Véase la pág. IX.
(3) Véase la pág. IX.
(4) FUSTEL DE COULANGES (Apud. Saleilles): «Cada sociedad es un ser viviente; el historiador debe describir la vida. Se ha inventado desde hace algunos años la palabra *sociología*. La palabra *historia* tenía el mismo sentido y decía la misma cosa, al menos para los que la entendían bien. La historia es la ciencia de los hechos sociales, es decir, lo sociología misma».

década del pasado siglo, ilustres Profesores de las Universidades francesas han consagrado la protesta contra el método tradicional iniciando las nuevas tendencias, cuyo resumen acabado se encuentra, según ya hemos dicho, magistralmente hecho en la obra de M. Lambert.

Sin embargo de revelarnos ella de más comentario, no queremos dejar sin el suyo, aunque éste sea breve, las recientes publicaciones de otros distinguidos tratadistas franceses.

Comenzaremos citando al distinguido Profesor de derecho civil en la Universidad de París, M. Saleilles, que ya en 189) hacía notar en un interesante artículo, publicado en la *Revue international de l'enseignement*, primeramente la existencia de nuevos procedimientos jurídicos, hijos de las necesidades de la vida moderna, que no caben dentro del Código civil (1), y en segundo lugar, la importancia de los estudios históricos en este punto (2).

Más tarde, en el prólogo á la obra de Geny, de que ya hemos hablado (3), traza un hermoso bosquejo del estado de la

---

(1) *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans le enseignement du droit;* Revista citada, tomo 19, pág. 488: «Hace falta reconocer siempre que después del Código civil se han operado profundos cambios en la situación económica del país; se ha producido un movimiento financiero, industrial y comercial que ha suscitado sobre muchos puntos la creación de nuevos procedimientos jurídicos. Todos los días nuevos deseos pueden dar lugar á combinaciones nuevas, y surgen concepciones hasta entonces no vistas; y aun sobre ciertos puntos es posible que aparezca, en lo que toca á tal ó cual materia determinada, una idea de la justicia muy diferente de aquella que pudo inspirar á los autores del Código civil. ¿Cómo introducir entonces en el dominio del derecho positivo las novedades requeridas por la corriente de la vida y la práctica de los asuntos.»

(2) Revista citada, tomo 19, pág. 488: «Los cursos de historia del derecho han producido bajo este aspecto inapreciables servicios. Ellos han venido á colocar nuestro Código civil en su medio histórico; hasta aquí se le había tratado como una obra aislada, haciendo de él punto de partida; era necesario demostrar que no era más que una continuación.»

(3) Traducido también á la cabeza de la edición española citada.

cuestión en Francia, preparando al lector para la mejor comprensión de la obra subsiguiente. De modo piadoso y sin exageraciones ni ensañamientos, combate los errores de los antiguos sistemas, é independientemente y sin afiliarse á ninguno en particular, expone los modernos. En todo el prólogo revela un amplio criterio y una acertada orientación, tendiendo á demostrar la necesidad de que se reconozca en los estudios jurídicos que el derecho es «una ciencia de hechos, una ciencia de la realidad» (1); y coincidiendo con el Sr. Costa en la tendencia á que las leyes se promulguen siempre *ad referendum* (2), afirma que ya se observan ciertas tentativas para introducir análogos principios en la función legislativa. «Habitualmente —dice— las leyes en Inglaterra se votan con revisión, reservándose el corregirlas sucesiva y casi inmediatamente mediante ulteriores adiciones legislativas. Aún en Francia tenemos— continúa—ejemplos recientes en la ley relativa á los pastos comunales, y en la de hace un año (3) sobre la responsabilidad patronal. Un poco extraño parece esto á los educados en la escuela antigua, que ven en ello la prueba de una elaboración defectuosa, cuando debería ser al contrario, porque es muestra del afinamiento del órgano legislativo...» (4).

La dirección de la labor de M. R. Saleilles queda bosquejada en los trozos transcritos y otros de que no hacemos mención (5), y sus opiniones son tanto más autorizadas, cuanto

---

(1) Trad. esp., pág. 15.
(2) Véase el discurso citado sobre *El problema de la ignorancia del derecho en sus relaciones con el estatus individual, el referendum y la costumbre*; Madrid, 1901.
(3) 1897.
(4) Prólogo citado, pág. 13.
(5) Es muy interesante la nota bibliográfica publicada en la *Nouvelle revue historique de droit*, año 1900 (pág. 269), del libro de Planiol, que más adelante citamos.

que ocupa la cátedra de derecho civil en la Universidad de la capital de Francia.

Secunda valiosamente la tendencia M. Planiol, que en el prefacio de su *Traité élémentaire de droit civil* (1) señala la necesidad de estudiar detenidamente la jurisprudencia, ese *derecho consuetudinario moderno*, según su gráfica expresión.

En análogo sentido se expresa M. Bartin (2), que da un gigantesco paso en el camino emprendido con la publicación, comenzada en 1899, de la *Bibliotheque de jurisprudence civile contemporaine.*

Y así podríamos continuar este rapidísimo examen estudiando la labor de Dubal, de Esmein, de Langlois, de Bufnoir, etc., etc., si no quisiéramos entrar ya en el rápido examen del libro de Lambert, síntesis suprema de todas estas tendencias y magistral muestra de lo que ha de ser la obra de este Profesor, que ha de alcanzar, cuando no superar, la de los más grandes juristas del siglo XIX.

***

Publica M. Lambert su obra bajo el título general *Estudios de derecho común legislativo ó de derecho civil comparado*, título cuyo significado explicaremos más adelante, y comienza su primera serie por el estudio del régimen sucesorio, apoyándose para ello en las razones que después se verán, no habiendo aún visto la luz pública sino el primer tomo de la Introducción, dedicado á *La función del derecho civil comparado*, en el que desgraciadamente aún no se pasa de la crítica de las concepciones *estrechas* ó *unilaterales* y *específicas*, reservándose

(1) Tomo 1.º, prefacio, pág. 10.
(2) *Etudes sur le régime dotal*, introducción, pág. 4.

para el segundo tomo la labor positiva, la noción del verdadero concepto del derecho civil comparado.

La crítica que en este primer tomo se hace es verdaderamente seria, completa y fundamental; sus notas bibliográficas completas, y su extensión (1), no sólo proporcionada á la importancia del asunto, sino tal vez excesiva, debiéndose este exceso de extensión á la minuciosidad y profundidad con que se tratan cuestiones verdaderamente incidentales, como la que motiva las presentes líneas.

Comienza Lambert advirtiendo al lector que «el objeto de sus *Estudios de derecho común legislativo ó derecho civil comparado*, será extraer de las principales legislaciones ó jurisprudencias vigentes en civilizaciones análogas á la nuestra—dice el autor—, un fondo general de concepciones y de máximas jurídicas; un *derecho común legislativo*, destinado á producir sobre cada una de estas legislaciones una acción comparable á la que ha ejercido sobre nuestras antiguas costumbres el *droit commun coutumier*, y sobre los derechos particulares alemanes, antes de la codificación de 1896, la ciencia de los *Deutsches Privatrecht*» (2).

Para conseguir este propósito distingue primeramente el concepto corriente de la legislación comparada, como mera publicación *acientífica* de textos legales *virtualmente* vigentes en distintos países, de lo que él piensa que debe ser y tiene propósito de conseguir en sus *Estudios sobre la historia comparada del derecho civil de Francia y de los países vecinos*; esto es, del estudio profundo y comparado del estado actual y funcionamiento, de una parte, y de otra, de la génesis y transformaciones sucesivas de las instituciones jurídicas civiles funda-

(1) Consta este primer volumen de XXIV 927 págs., en 8.º mayor, 95 × 160 milímetros.
(2) Ob. cit. pág. 1.

mentales de cierto grupo de países, que presentan algunos y característicos rasgos de afinidad (1). En este sentido huye de lo que él juzga una exageración de M. Saleilles, al pretender este autor designar como fin del derecho comparado el *derecho común de la humanidad*; con lo que viene á pretender—según Lambert—una cosa análoga al *Naturrecht*, despojado de su *inmutabilidad*, pero conservando aún su *universalidad* (2).

La idea de estudiar el fondo común de las instituciones civiles de los países estrechamente unidos por una análoga civilización, es una idea seria, noble y de resultados científicos y prácticos; pero cuya realización está erizada de dificultades. No se ocultan éstas al penetrante ingenio del sabio Profesor de Lyon, mas los mismos fracasos de sus antecesores le alientan, ya que ellos le indican los puntos difíciles y le proporcionan una experiencia siempre útil y necesaria para comenzar una empresa.

Comiénzala M. Lambert por el estudio del régimen sucesorio, precisamente—son sus palabras—*para vencer el excepticismo del lector* (3), demostrándole cómo en esta institución, en la que los particularismos han tenido su campo abonado (4), tiene, sin embargo, un fondo común á varias legislaciones, análogo, aunque menos desarrollado, al existente, con el de derecho de obligaciones, calcado casi siempre en la legislación romana.

Con este plan general, en el volumen publicado (que según ya hemos dicho es de introducción y dedicado al estudio de la función del derecho civil comparado), solamente ha te-

(1) Ob. cit., pág. 2.
(2) Ob. cit., pág. 918.
(3) Ob. cit., pág. 2.
(4) Sabido es que la causa principal de que no haya podido unificarse el derecho civil español ha sido principalmente el derecho sucesorio.

nido su desenvolvimiento la crítica de las concepciones estrechas ó unilaterales y específicas, reservando la parte positiva para el siguiente volumen.

No hemos de examinar aquí capítulo por capítulo cuáles sean aquéllas, puesto que nuestro objeto se limita á bosquejar el medio en el que el libro se ha presentado, cosa que hemos procurado conseguir en las páginas anteriores, y á llamar la atención sobre su verdadera y extraordinaria importancia; pero sí hemos de hacer notar la manera profunda y magistral que tiene M. Edouard Lambert de tratar las cuestiones que incidentalmente le salen al paso, que explica cómo la adjunta monografía, modelo en su género y verdadero derroche de erudición y afinada crítica, no es más que un medio de reforzar su teoría sobre la función de la *política civil*, refutando la teoría romano canónica de la costumbre por medio de la historia de las fuentes del derecho romano.

Ha empleado ya para esto argumentos que no son sino verdaderas monografías, sacados de comparación crítica del diferente desenvolvimiento de ciertas instituciones fundamentales en las más opuestas civilizaciones. Y asombra ver cómo M. Lambert maneja con igual maestría la historia del derecho hebraico, la del musulmán ó la del canónico. Así no es de extrañar la importancia transcendental para la historia del derecho romano de la monografía que nos ha cabido en suerte presentar á los lectores españoles.

Fiel á sus principios, M. Lambert aplica á los estudios del derecho romano los resultados de la historia comparada de otros pueblos, cuya evolución jurídica es completamente semejante, y los resultados que obtiene son verdaderamente notables. Destruída la leyenda del *pueblo rey*, en el sentido de pueblo cuyo proceso histórico es absolutamente original y sin precedente alguno, se encuentra Lambert con la anomalía de

que, caso de ser auténtico el precepto atribuído á las XII Tablas *«Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto»*, la evolución del derecho sucesorio en Roma habría sido totalmente opuesta á la de la misma institución en los demás países, empezando por la más absoluta libertad de testar y terminando con el reconocimiento de la copropiedad familiar en la limitación impuesta por las legítimas.

Y sobre este *punto de apoyo* que le proporcionó la historia comparada, estudiando detenida y concienzudamente la sucesión de formas de testamento en Roma, siguiendo paso á paso su desenvolvimiento en la institución *calatis comitiis*, en la *adoptio in hereditaten*, origen de la sucesión contractual, en la *mancipatio familiae* y en el testamento *per aes et libran*, haciendo tan pronto uso de la comparación con el derecho musulmán, como de la analogía con las instituciones francesas é inglesas medioevales, ó con el derecho turco ó escocés contemporaneo, y refiriéndose, por último, igualmente á textos legales, desconocidos de la mayoría, que á pasajes del teatro clásico, en los que nadie pensó hallar los valiosos datos para la historia jurídica que él encontró, consigue el ilustre Lambert fijar de un modo preciso la fecha de la aparición del testamento en Roma hacia el fin de la primera mitad del siglo II antes de J. C., destruyendo los tradicionales y seculares errores que sobre la materia habían hasta entonces constituído un dogma (1).

Este es entre otros muchos un nuevo triunfo de M. Lam-

(1) Para corroborar este aserto sería suficiente coger al azar cualquiera de los libros franceses de derecho romano de la pasada centuria (v. gr., el *Cours élémentaire de droit romain*, de DEMANGEAT; París, 1864, tomo 2.º, pág. 6; ó el *Cours de droit romain*, de MAYNZ; Bruxelles, 1877, tomo 3.º, pag. 198; o el *Précis de droit romain*, por C. ACCARIAS; París, 1886, 4.ª ed., tomo 1.º, pág. 837); y por si aún alguna duda cupiere, voy á reproducir un párrafo del libro del Profesor COGLICLO, *La evolución del derecho privado*, en la traducción

bert. Si él fuera astrónomo ó entomólogo, su descubrimiento, traducido en el hallazgo de un nuevo astro, ó de un insecto no clasificado, se perpetuaría llevando el nombre éstos de su inventor; las ciencias sociales son más ingratas, y con el tiempo, rectificado el error, quizá se ignore á quién debe la historia del derecho romano tal beneficio.

Después de todo, tanto da. M. Lambert puede estar tranquilo y satisfecho, porque realiza su obra.

Ella es á mi ver superior á cuantas las modernas tendencias del derecho civil ha producido. Es quizá M. Lambert el primero que utiliza la historia del derecho, pensando al mismo tiempo que en el pasado en el mañana; que ve en la tradición la evolución, y que lo mismo se vale de la sociología que del derecho comparado, siendo en esto, como en sus desarrollos, superior á los civilistas estudiados en esta introducción, por regla general aferrados á una sola teoría que degenera en verdadera obsesión en sus escritos.

Así comienza M. Lambert su labor científica. Cuando ésta llegue á su término, cuando se haya desenvuelto y realizado todo el programa expuesto, el nombre del Profesor de Lyon, ya ilustre, resumirá toda una época en la evolución de los estudios del derecho civil.

---

española del Profesor Ureña (más apreciada en Italia que el mismo original por las numerosas notas del traductor), prueba evidente de la unanimidad de pareceres en la materia.

Dice así el Profesor de Génova:

«El testamento no es de origen reciente en el mundo romano, y todo contribuye á creer que es una de las instituciones más antiguas. En tiempo de las XII Tablas, la absoluta libertad de testar estaba sancionada de modo tal que demostraba no ser una innovación legislativa, sino la confirmación de un antiguo é incontestado *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*», pág. 179 de la traducción española; Hijos de Reus; Madrid, 1898.

ENRIQUE GARCÍA HERREROS.

Madrid, Septiembre de 1906.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DE LOS

AUTORES CITADOS EN LA INTRODUCCIÓN

Accarias.—*Précis de droit romain;* 1886.

Aubry.—Apud Geny.

Azcárate.—*Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad;* Madrid, 1879-83.

— *Programa para un curso de derecho civil y códigos españoles;* Madrid, 1879.

Bartin.—*Bibliotheqae de jurisprudence civile contemporaine.*

Baudry Lacantinerie.—Apud Geny.

Bernard (C.).—Apud D'Aguanno.

Blondeau.—Apud Geny, *Comtes rendus de l'Academie de sciences morales et politiques.*

Blume.—*Zur Reform des Rechtsstudiums;* 1897.

Bonnet.—Apud D'Aguanno.

Braun.—*Archive für sociale Gesetzgebung und Statistik.*

Brini.—*Saggio di istituzioni di diritto civile italiano,* en el tomo 26 del *Archivio giuridico.*

Brugi.—*I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea;* Palermo, 1883.

Bugnet.—Apud Geny.

Burk.—Apud Menger.

Buylla.—*La cuestión obrera y las leyes.*

Canalejas.—*Discurso leído en la Academia de Jurisprudencia en el curso de 1894 95.*

Carle.—*La vita del diritto nei sui raporti colla vita sociali;* Turin, 1880.

Cavagnari.—*Il codici civile e la questione sociale.*
— *Nuovo orizonte del diritto civile nell raporti della istituzioni pupilari.*
Cimbali.—*La nueva fase del diritto civile;* Turín, 1885.
Cogliolo.—*Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato.*
— *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato;* 1881.
— *Filosofia del diritto privato;* Florencia, 1891.
Comas.—*La revisión del Código civil;* 1889-902.
Costa.—*Discurso de recepción en la Real Academia de ciencias Morales y Políticas;* 1901.
Chironi.—Prefacio á la obra de D'Aguanno, *Génesis y evolución del derecho civil.*
— *La colpa nel diritto civile odierno,* Introducción.
D'Aguanno.—*Genesi ed evoluzione del diritto civile;* Turín, 1890.
— *Sulla ricerca genetica del diritto de propietà;* Bolonia, 1888.
— *Conceto ed origine del diritto di succesione;* Milán, 1888.
Darwin.—Apud D'Aguanno.
De Fillipps. — *Corso completo di diritto civile comparato;* Nápoles, 1881.
Demante.—Apud Geny.
Demangeat.—*Cours élémentaire de droit romain;* 1864.
Demolombe.—Apud Geny.
Dernburg.—*Verhandeungen del 20, deutschen Juristentages.*
Desvernine.—*Nuevas tendencias del derecho civil;* New York, 1893.
Diego (Felipe Clemente de).—Introducción al *Estudio de las Instituciones de derecho romano;* Madrid, 1900.
Dorado Montero.—*El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana;* Madrid 1889.
— Traducción del libro de D'Aguanno, *Génesis y evolución del derecho civil;* Madrid, sin fecha.
Donoso Cortés.—Apud Costa.
Douvergier.—Apud Geny.
Dubal.—Apud Lambert y Geny.
Esmein.—Apud Lambert y Geny.
Espinás.—Apud D'Aguanno.
Esteban García.—Traducción de la obra de Cimbali, *La nueva fase del derecho civil;* Madrid, 1893.
Fleischemann.—*Die Socialpolitik.*
Florey.—Traducción del libro de Carle, *La vida del derecho.*
Fuld.—*Das bügerliche Gesetzbuch un die Socialpolitik;* Gruchot, 1891.

Fustel de Coulange.—Apud Saleilles.

Gabba.—*Cuestiones prácticas de derecho civil moderno;* versión española; Madrid, sin fecha.

Garcia Herreros.—*La sucesión contractual;* Madrid, 1902.

Geny (Francisco).—*Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo;* Madrid, 1903.

Gianturco.—*L'individualismo e il socialismo nell diritto contrattuel,* introducción á las *Istituzioni di diritto civile.*

Gierke.—*Die social Afgabe des Privatrechts.*

Giner (H).—Traducción del libro de Carle, *La vida del Derecho.*

Guizot.—Apud Costa.

Guerra.—Traductor de Sumner-Maine.

Hæckel.—Apud D'Aguanno.

Hartmann.—Apud D'Aguanno.

Jhering.—*Zweck im recht;* Leipzig, 1887.

Kohler.—*Die deutsche Rechtswssenschaft und das deutsche B. G. B.;* 1896.

Hugo.—*Histoire du droit romain;* Bavoux, 1825.

Lambert (Edouard).—*De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs: le droit de succession en France, son fondement, sa nalure;* París, 1895.

— *Du contrat en faveur de tiers;* París, 1893.

— *Etudes du droit commun législative ou droit civil comparée.* Primera serie: *Le régime successoral,* Introducción; París, 1903.

Langlois.—Apud Lambert y Geny.

Laurent.—*Principes de droit civil française;* Bruselas, 1878.

— *Etudes sur l'histoire de l'humanité;* París, 1870-79.

— *L'Eglise et l'Etat;* París, 1865.

— *Etudes sur les délicts de presse;* Bruselas, 1871.

— *Cours élémentaire de droit civil.*

— *Le droit civil international.*

— *Motives et matériaux.*

Lenel.—*Das B. G. B. un das Studium des römischen Rechts;* Estrasburgo, 1896.

Letourneau.—Apud D'Aguanno.

Loria.—*Les bases économiques de la constitution sociale;* Turín, 1889,

— *La propietà fondaria e la cuestione sociale;* Verona, 1897.

Manresa.—*Comentarios al Código civil;* Madrid, 1890-1900.

Maynz.—*Cours de droit romain;* 1877.

Menger.—*Das Bügerliche Recht un die besitzlosen Volklassen.*

Menger.—*El derecho al producto integro del trabajo;* 1886.

Mercadé.—Apud Geny.

Merlin.—Apud Geny.

Morselli.—Apud D'Aguanno.

Mucius Scævola.—*Código civil comentado y concordado;* Madrid, 1889-1902.

Perier.—Apud Costa.

Petri.—*Zur reform des juristischen Vorbildung nach Erlass des B. G. B.;* Estrasburgo, 1897.

Planiol.—*Traité élémentaire de droit civil.*

Pollacco.—*Funzione sociale dell'odierna legislazione civile.*

— *Le istituzioni di diritto civile;* 1885.

Portalis.—Motivos y precedentes del código de Napoleón.

Posada.—Introducción á la versión española del libro de Gabba, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno;* Madrid.

— Introducción y traducción de la obra de Menger, *El derecho civil y el proletariado;* Madrid, 1898.

— Traducción de *El derecho al producto integro del trabajo*, del mismo autor.

Proudhon.—Apud Geny.

Puchta.—Apud Menger.

Rau.—Apud Geny.

Romagnosi.—Apud Villaverde.

Rossi.—*Melanges d'economie, d'histoire et de philosophie;* París, 1846.

Saleilles.—Prólogo á la obra de Geny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo;* 1903.

— Artículo publicado en la *Revue international de l'enseignement;* tomo 19, págs. 485 y 488.

Salvioli.—*Metodo storico nello studio del diritto civile.*

Sánchez Román.—Prólogo á la versión española del libro de Cimbali, *La nueva fase del derecho civil;* Madrid, 1893.

— *Estudios de derecho civil;* Madrid, 1890 98.

Savigny.—*Histoire du droit romain au moyen-age;* 1839.

— *Traité du droit romain;* 1840 51.

— *Traité de la possesion;* 1840.

— *Le droit des obligations;* 1840.

Scholossmann.—*Bügerliches Gesetzbuch und akademischer Rechtsunterricht.*—Riel, 1896.

Schultz-Gævernitiz.—*Zur socialen Frieden.*

Sidney (O. Buxton).—*Handbook to the political questions of the day.*

Sthal.—Apud Menger.

Sumner-Maine.—*Ancient Law.*

Taulier.—Apud Geny.

Toullier.—Apud Geny.

Troplong.—Apud Geny.

Ureña.—Traducción del libro de Cogliolo, *La evolución del derecho privado;* Madrid, 1898.

Vadala Papale—*Il codice civile e la scienza:* Nápoles, 1881.

— *Il diritto civile nel insegnamento universitario;* Bolonia, 1882.

— *La giurisprudenza nell'insegnamento e negli studii del diritto civile;* Catania, 1885.

— *La nuova tendenza del diritto civile en Italia;* 1883.

Valverde.—*Las modernas direcciones del derecho civil;* Valladolid, 1899.

— *Génesis del derecho;* Valladolid, 1901.

Vanni.—*I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della Sociologia e della Filosofia positiva;* Milán 1885.

Vigié.—Apud Geny.

Villaverde.- *La cuestión social y el derecho civil;* 1901.



LA TRADICIÓN ROMANA

SOBRE LA

SUCESIÓN DE FORMAS DEL TESTAMENTO ANTE LA HISTORIA COMPARADA

I

Conflicto entre los resultados de la tradición romana y los de la historia comparada.—Novedad habitual del testamento y anterioridad de los modos de establecimiento entre vivos del derecho de sucesión.

Los escritores del fin de la República y del Imperio nos presentan el testamento como uno de los productos más antiguos de la civilización romana. Según ellos, había encontrado su consagración á mediados del siglo v, antes de nuestra era, en la legislación decenviral. La ley de las XII Tablas había contenido una disposición, cuyo texto no nos es referido por los autores latinos sino con numerosas variantes—yo acepto provisionalmente la versión más extendida: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (1)—que ha asegurado al

(1) Regla 5.ª, 3, en las reconstituciones modernas de las XII Tablas. Para la indicación de variantes y enumeración de autores latinos que citan esta disposición: Girard, *Textes* (2), p. 13; *Manuel* (2), p. 782.

jefe de familia una libertad de testar tan ilimitada como la que goza en la época presente el testador inglés. Las afirmaciones de los clásicos presentan sobre este punto (debo reconocerlo) verdadera concordancia; pero, ¿son éstas verosímiles?

Mi atención ha sido llamada sobre lo extraño de esta parte de la tradición romana, por un corto pasaje de una hermosa obra, en la que M. Ettore Pais, avanzando más en el camino abierto por su maestro Mommsen, y en otro tiempo por Niebuhr, ha sometido á una nueva y penetrante crítica todo aquello de la historiografía romana que concierne á los tiempos anteriores al fin de las guerras Púnicas (1). Las investigaciones tan interesantes, á pesar de su carácter frecuentemente hipotético, á las que él ha llegado, procurando reconstituir los métodos de elaboración, los procedimientos de fabricación y de falsificación de lo que él llama la *historia cuasi-canónica* de Roma, le han llevado á confrontar dos de los capítulos de esta *historia sagrada,* que ofrecen el mayor interés para el jurista: la narración de la redacción de las XII Tablas por los decenviros, á mediados del siglo V antes de Jesucristo, y la de la divulgación de las fórmulas de *legis actiones* por el escriba de Appius Claudius, Gn. Slavino, al fin del siglo IV.

M. Pais ha creído encontrar aquí un ejemplo de esta doble tendencia, que él revela en la tradición romana; tendencia, de una parte, á anticipar los acontecimientos y atribuirles un origen mucho más antiguo que aquel que tienen en la realidad, y de otra, á recoger simultáneamente las diversas versiones legendarias de un mismo hecho histórico, considerándolas como relaciones de fenómenos distintos, y escalonándolas en el tiempo.

El sabio profesor de la Universidad de Nápoles denuncia

---

(1) *Storia d'Italia dai tempi più antichi alla fine delle guerre puniche,* 2.ª parte; *Storia di Roma,* Turín, t. 1.º, 1, 1898; 1.º, 2, 1899.

el defecto de veracidad histórica de las dos narraciones en cuestión. Estamos, si hemos de creerle, en presencia de dos leyendas que son desenvueltas alrededor de un mismo núcleo de hechos auténticos. Solamente su decoración pintoresca y poética varía; es el mismo fenómeno social y político el que se desarrolla: á saber, una reacción contra el monopolio pontifical de la ciencia jurídica, un movimiento de secularización de la jurisprudencia y un paso de la fase esotérica á la de vulgarización del derecho. M. Pais procura demostrar, que el único suceso que ha formado el fondo común á las dos leyendas, no es ciertamente anterior á la fecha asignada por los historiadores á la divulgación de las fórmulas de *legis actiones*, es decir, al fin del siglo IV antes de Jesucristo; y que es, al mismo tiempo, poco más reciente, no remontándose más que á principios del siglo III. La pretendida ley de las XII Tablas no será en realidad, como la mayor parte de los Códigos religiosos de la antigüedad, más que una recopilación de la jurisprudencia sacerdotal, que condensa todo el trabajo jurídico del siglo IV, cuyo conocimiento no fué propagado durante largo tiempo, más que por la sola tradición oral, explicando esto las adiciones y retoques que parecen haber sufrido el carácter relativamente moderno de su lenguaje, las contradicciones que se manifiestan entre los clásicos romanos en aquello que concierne á la determinación de su contenido, ó la fijación del tenor de cada una de sus disposiciones (1). En apoyo de esta tesis, que yo no puedo detenerme aquí en analizar y discutir, el autor ha aducido una serie compacta de razonamientos, de los que algunos son tal vez demasiado frágiles, pero en los que hay muchos que provocan serias reflexiones. Se funda, principalmente, sobre consideraciones sacadas de los métodos do formación de la historiografía, del examen de sus referencias y de sus dobles empleos. Pero también invoca accesoriamente algunos argumentos de orden jurídico.

(1) *Storia di Roma*, 1.°, 1, págs. 558-606; 1.°, 2, págs. 546-641.

El principal entre estos últimos, está sacado precisamente de la regla *uti legassit*. La existencia de un concepto tan sabio como el de este acto por causa de muerte, en la sociedad romana del siglo v, es profundamente inverosímil. El solo hecho de que el cuerpo de máximas jurídicas, conocido por los clásicos bajo el nombre de las XII Tablas, proclame la legitimidad del testamento, demuestra bastante que esta recopilación consuetudinaria tiene un origen mucho más reciente que el que se le atribuye generalmente (1). Este argumento es á primera vista fuertemente impresionante.

Cierto, si la máxima *uti legassi* hubiera verdaderamente tenido por objeto, como afirma la tradición romana, consagrar la legitimidad del acto testamentario, tal como lo describen la obra de Gaius y las copilaciones de Justiniano, el historiador tendría el derecho de manifestar alguna sorpresa y alguna desconfianza en vista de los testimonios que atribuyen la introducción de está regla al siglo v.

En efecto, en ningún otro medio de cultura semejante, el *de cujus* ha estado autorizado á instituir sucesores universales á su elección, sino es á título excepcional, y por medio solamente de actos entre vivos, provistos, desde antes de la muerte del disponente, de efectos inmediatos y definitivos, é invistiendo al agraciado de un derecho de copropiedad comparable al que tienen los miembros de la familia.

En las civilizaciones arcaicas, en cuanto podemos reconstituir su vida jurídica, la función actual del testamento está muy imperfectamente llenada:

1.° Por instituciones que tienden á producir principalmente sus efectos en la esfera del derecho de familia, y que no crean sino accesoriamente la vocación para suceder, como consecuencia de una transformación realizada en el *status familiæ* del agraciado; modos de reclutamiento ficticio de la familia, de los que dos sobre todo son particularmente usuales: la adop-

---

(1) *Storia di Roma*, 1.°, 1, p. 574.

ción Grecia (1), India (2), Egipto (3), Persia (4), Irlanda (5), Gales (6), China (7), Japón (8), pueblos primitivos de América del Norte (9), Arabia preislamita (10), antigua Hungría (11), Ossètes (12), etc., etc., (13)—; y la fraternidad artificial (14) *adoptio in fratrem* de la Constitución de Diocleciano [cap. VI,

(1) Schulin, *Griechische Testament*, págs. 17 y sigs.—Van Hille, *De testamento jure attico*, págs. 1.ª y sigs.—Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 2.°, págs. 19 y sigs.—Dareste, *Plaidoyers civils de Démosthène*, Introducción, p. 31.—Van der Es, *De jure familiarum apud Athenienses*, págs. 78 y siguientes.

(2) Kohler, *Indiches Ehe-und Familienrecht. Zeits. für verg. R. W.*, 1882, 3.°, págs. 408-424.—*Krit, Vierteljahrschrift für G. und R. W., Neu Folge*, 4.°, p. 19.—Jolly, *Recht und Sitte, passim.*—Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 44.—Gibelin, *Etudes sur le droit civil des Hindous*, 1.°, p. 80.—Para la india moderna, Koheler, en *Zeits. für verg. R. W.*, 6.°, págs. 345-348 y 395; 7.°, págs. 218-224; 8.°, págs. 98-108 y 109-112; 10, págs. 132 133.—Mayne, *Hindu Law and usage*, 1883, págs. 91 y sigs.

(3) Revillout, *Contrats de mariage et adoption dans l'Egypte et la Chaldée. Proceedings of the Society of biblical archeology*, 9.°, 1887, p. 167. *Revue égyptologique*, 2.°, p. 187.—Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 8.

(4) Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 110.

(5) D'Arbois de Jubainville, *Cours de litterature céltique*, 7.°, págs. 250-252—O'Curry, *On the manners and customs of the ancient Irish*, 3.°, págs. 467 y siguientes.

(6) Walter, *Das altes Wales*, p. 421.

(7) Kohler, *Rechtsvergleichende Studien*, p. 192, y *Zeits. für verg. R. W.*, 5.°, p. 423; 6.°, págs. 359 360 y 377 379.

(8) Weipert, *Japanisches Familien und Erbrecht*, págs. 3 y 136-138.

(9) Kohler, *Zeits für verg. R. W.*, 12, págs. 390 392.

(10) Kohler, *Zeits für verg. R. W.*, 8.°, p. 244.—Robertson Smith, *Kiship and marriage in early Arabia*, págs. 45 y sigs.—Sautayra y Cherbonneau, *Droit musulman*, 1.°, p. 395, y para la Kabila: Hanoteaux et Letourneau, *La kabylie et les coutumes kabyles*, 2.°, p. 189.

(11) Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 263; para Polonia, p. 190; Grecia, 290; Noruega, 350.

(12) Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, págs. 206 y 220.

(13) Se encontrarán sobre este punto indicaciones más detalladas en Koheler, *Studien ueber die künstliche Verwandschaft. Zeits für verg. R. W.*, 5.°, págs. 415 440.—Post, *Grundriss der ethonologischen Jurisprudenz*, 1.°, págs. 106 y siguientes; 2.°, p. 198. *Zeits. für verg. R. W.*, 6.°, págs. 345 y 406; 10, págs 287-345, y Edwin Sidney Hartland, *The legend Persens*, 2.°, págs. 419 y sigs.—Para el derecho germánico: Stobbe-Lehmann, *Handbuch*, 4.°, 1900, págs. 451 y siguientes.—Brunner, *Grundzüge*, p. 208.

(14) Sobre esta institución de la fraternidad artificial, señalo sobre todo, entre los trabajos de generalización, el estudio citado de Kohler, *Studien ueber die Künstliche Verwandschaft*, y la monografía de Giovanni Tamassia, *L'affratellamento*, Turín, 1886.

24, 7] (1), *fraternitas*, del derecho consuetudinario siro-romano (2), ἀδελφοποιτα bizantina (3), *adfratrationes* de las cartas lombardas (4), *Erbverbruderuengen* de la alta nobleza alemana (5), reconocimientos de parentesco musulmanes (6), en los que el papel difiere á este respecto del de las confraternidades eslavas (7) y escandinavas (8).

2.° Por actos destinados á conferir al agraciado, sin modificar su estado de familia, la situación sucesoria del hijo del *de cujus*; es decir, una vocación hereditaria protegida en vida del disponente por las mismas garantías que el derecho de expectativa del heredero de sangre *(Beispruchsrecht)*; actos que

---

(1) Tamassia, 43-57.

(2) Bruns y Sachau, *Sirysch-romiches Rechtsbuch*, págs. 114, 144, y el comentario de Bruns, págs. 254 y sigs.—Tamassia, págs. 57 y sigs.—Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 5.°, p. 437.

(3) Zachariæ von Ligenthal, *Geschichte des griechisch römischen Rechts*, 2.ª ed., 1877, § 24, págs. 96 y sigs.—Tamassia, págs. 65 70.—Kohler, ob. cit., p. 437.

(4) Tamassia, *Affratellamento*, págs. 40 43, y *Alienazioni degli immobili e gli eredi secondo gli Antichi diritto germanici...*, p. 213.

(5) Stobbe, *Hanbuch*, 5.°, 1885, págs. 277, § 310.—Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 2.°, 1, págs. 130 y sigs.

(6) Sobre las formas antiguas de la fraternidad ficticia en las costumbres preislamíticas, Roberston Smith, *Kinship and marriage*, págs. 45 y sigs. y 261.—Quatremères, *Les asyles chez les arabes*, en las *Mémoires de l'Académie des inscriptions*, 1842, t. 15, 2.ª parte, págs. 307 y sigs.—Goldziher, *Muhammedanische Studien*, 1.°, págs. 63 69 y 134-137.—Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 8.°, p. 224.—Sobre las formas modernas del reconocimiento de parentesco: Sautayra y Cherbonneau, *Droit musulman*, 1.°, págs. 335-341.—Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, 2.°, págs. 30 33.

(7) Ciszewski, *Künstliche Verwandschaft bei den Südslaven*, Leipzig, 1897.—Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, págs. 213 y 214.—Milenko R. Wesnich, *Die Blutrache bei den Südslaven*, en el *Zeits für verg. R. W.*, 9.° págs. 48-49.—Krauss, *Sitte und Brauch der Südslaven*, Viena, 1885, págs. 619 y siguientes.—Démélic, *Le droit coutumier des slaves méridionaux*, 1876, p. 145.—Popovic, *Recht und Gericht in Montenegro*, págs. 45 y sigs.—Tamassia, págs. 70 y siguientes.—Darinsky, *Zeitschrift für verg. R. W.*, 14, págs. 168 y sigs.

(8) Vinogradoff, *Geschlecht und Verwandschaft im alt-norwgischen Rechte*, en el *Zeits. für Social und Wirthschafts geschichte*, 1899, 7. , págs. 12-13.—Pappenheim, *Die altdänische Schultzgilden*, 1885, p. 23.—Tamassia, págs. 10 y sigs.—Para los numerosos ejemplos de instituciones análogas (cambio de sangre) que ofrece la etnografía: Koheler, *Künstliche Verwandschaft*, p. 434.—Post, *Ursprung des Rechts*, p. 45. *Anfänge des Staat und Rechtslebens*, p. 7. *Grundriss* 1.°, págs. 94 y sigs.—Waitz-Gerland, *Anthropologie*, 6.°, págs. 130 y sigs.

colocan en primer término para la sucesión *ab intestato* á extraños ó parientes que la costumbre no llamaba como forzosos, y que una ley bárbara califica de adopciones como herederos [affatomias sálicas y ripuarias, (1), *thinx* lombardo (2), modelos de adopciones de los formularios francos (3), y cartas de *affiliationes* lombardas (4).]

3.° Por contratos sucesorios (modelos de *affatomias*, de *ereditariæ*); llamamientos á sucesión (5), de *inter donationes;* donaciones mutuas entre esposos (6); fórmulas de la época franca, instituciones contractuales, *Erbvertrag* alemán (7); *Donationes post obitum* y *donationes reservato usufructu* ó *reservata precaria*, de principios de la Edad Media (8); *Wermächtnissvertrag* alemán (9), y los modelos de disposiciones similares

---

(1) *Lex Salica*, 46, y el primer capítulo adicional, 1.°, 8, § 2.—Boretius, *Capitularia*, 1.°, p. 296, n. 142, c. 8. *Lex Ripuaria*, 48-49.—Idem, 1.°, p. 118, n. 41, c. 8.—Heusler, *Institutionen*, 2.°, págs. 621-626.—Schmidt, *Die affotomie der lex Salica*, Münich, 1891.—Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 5.°, 1885, § 228, págs. 170 y sigs.—Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 1.°, págs. 96 y siguientes.—Halban, *Entstehung des deutschen Immobiliarseigenthums*, 1894, página 285.—Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 406.—Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 862.—Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, 3.°, págs. 82 y sigs.—Auffroy, *Evolution du testament*, págs. 147-159.—R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, págs. 29-45.

(2) Schupfer, *Thinx e affatomia*, Roma, 1892, extracto de las Memorias de la Academia *del Lincei*.—Pappenheim, *Launegild und Garethinx*, en Gierke, *Untersuchungen*, n. 14, 1882, págs 45 y sigs.—Val de Lièvre, *Launegild und Wadia*, págs. 34-38.—Palumbo, *Testamento romano é testamento langobardo*, 1892, págs. 250-300.

(3) Rozière, núms. 135-188. Véase también la curiosa noticia de adopción del cartulario de Saint-Sauveur de Rendon, n. 109.

(4) *Codex diplom. Cavensis*, 2.°, 368, p. 210; 400, p. 255; 4.°, 673, p. 296.—Regesto di Farfa, 151, 2.°, 125.—Troya, *Cod. diplom. Lang.*, 3.°, 512; 5.°, 929.—Schupfer, *Thinx é affatomia*, págs. 7, 23 y 28 de la tirada aparte.

(5) Rozière, *Formules*, núms. 128-137.

(6) Rozière, núms. 245-258.

(7) Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 1.°, 1835, págs. 1.ª y sigs.—Stobbe, *Handbuch*, 1885, 5.°, págs. 170-195, §§ 298-300.—Von Wyss, en *Zeits. für schweizerisches Recht*, antigua serie, 19, 1875, págs. 68-160.

(8) Huebner, *Die donationes post obitum* (Gierke, *Untersuchungen*, 26), páginas 1.ª y sigs., y la bibliografía por él citada.—Véase Auffroy, *Evolution du testament*, págs. 198 y sigs.

(9) Stobbe, *Handbuch*, 5.°, § 312, págs. 298 y sigs.

del derecho babilonio (1), judío (2), egipcio (3), etc., etc.

4.° Por el empleo de intermediarios de transmisión, investidos, por actos entre vivos, de la propiedad de los bienes de los que el *de cujus* quiere disponer, y encargados de retraspasarla, sea después de la muerte de este último, sea inmediatamente, á los verdaderos destinatarios (ejecutores testamentarios y ejecutores entre vivos de los principios de la Edad Media cristiana) (4), instituciones análogas del derecho hebráico (5), del bizantino (6), del musulmán (7), y semejantes del derecho Asirio (8) y *mancipatio familiæ* romana.

Y 5.° Por último, por liberalidades, referentes solamente á objetos particulares y no al conjunto del patrimonio, que la costumbre permite al jefe de familia ordenar su cumplimiento, después de la muerte, á los herederos de sangre; pero en los que la ejecución no está frecuentemente garantizada más que por obligaciones morales, por un deber de piedad impuesto al heredero. (Primitiva Edad Media cristiana (9), derecho

---

(1) Kohler, en *Zeits. für verg. R. W.*, 3.°, 1882, págs. 216-217. *Jurist Exkurs zu Peiser's babylonischen Verträgen*, 1890, § 4.—Kohler y Peiser, *Aus dem babylonischen Rechtsleben*, 2.°, 1891, p. 19.

(2) Block, *Mosaisch-talmüdisches Erbrecht*, págs. 43 y sigs.—Rapaport, *Der Talmud und sein Recht*, en *Zeitschrift für verg. R. W.*, 14, 1900, págs. 94 148.

(3) Griffith, *Wills in ancient Egypt*, en *Law quaterly Review*, 14, 1898, páginas 47 y sigs.

(4) Véase sobre este punto el estudio de M. Schultze, en los *Untersuchungen*.—Gierke, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, y sobre todo la remarcable obra de R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, Lyon, 1901.

(5) Block-Mosaisch, *Talmüdisches Erbrecht*, págs. 55 y sigs.—Mordché Rappport, *Zeitschrift für verg. R. W.*, 14, págs. 102, 115 y 122.

(6) Zachariæ von Lingenthal, *Histoire du droit privé tgréco-romaine*, traducción francesa. Lauth, *Nouvelle revue historique du droi*, 1866, 12, págs. 485 y siguientes.

(7) Sachau, *Muhammedanisches Recht nach schafitischez Lehre*, p. 238.—Hamilton Grady, *The Hedaya*, págs. 697 703.—Querry, *Droit musulman*, 1.°, páginas 627 631.—Van den Berg, *Minhâdj at Talibin*, 2.°, págs. 279-282.

(8) Oppert et Menat, *Documents juridiques d'Assyrie et la chaldée*, págs. 299-300 y 311-312, etc.—Kohler und Peiser, *Aus dem babylonischen Rechtsleben*, 2.°, págs. 15 y sigs.

(9) Auffroy, *Evolution du testament*, págs. 331 y sigs.

judío (1) y numerosos ejemplos suministrados por la etnografía) (2).

Por varios que sean los procedimientos empleados por las civilizaciones, todavía rudimentarias, para el equivalente de las disposiciones universales *post mortem*, no encontramos en ninguno de ellos el rasgo que caracteriza al testamento, tal como nosotros le hemos tomado del derecho romano clásico: la devolución del patrimonio del *de cujus*, fuera del círculo de la copropiedad familiar, por la sola virtud de una voluntad que, según el dicho de Ulpiano, *ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum*, y que no comienza á producir sus efectos sino después de la desaparición de aquel que lo ha querido.

La dificultad de concebir la atribución de una energía semejante á la voluntad de un muerto, formó en las costumbres de la Europa occidental un obstáculo á la propagación del uso del testamento romano, mucho más durable que la misma copropiedad familiar. La institución de herederos por contrato ó *Erbvertrag*, es desenvuelta entre nosotros mucho tiempo antes que la institución de heredero testamentario. En Inglaterra, el testamento que tenía por objeto la *real property*, conservó hasta 1837 importantes vestigios de su naturaleza primitiva de *conveyance*, de operación entre vivos, por lo tanto (3), y actualmente todavía, curiosas supervivencias de las mismas ideas se encuentran en los sistemas jurídicos de la Suiza central, vigentes bajo el imperio de la costumbre (4).

---

(1) Block, *Mosaischtalmüdisches Erbrecht*, § 88, p. 59.

(2) Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 8.°, p. 133.—Post, *Grundriss*, 2.°, p. 197. —*Baustein*, 2.°, p. 179, y las observaciones, algún tanto divergentes, sacadas de fuentes insuficientemente seguras, que el mismo autor presenta en su *Africanische Jurisprudenz*, 2.°, p. 18.

(3) James Willians, *Wills and intestate succession*, p. 11.—Stephen, *Commentaires*, 1886, 1.°, p. 596.—Holdsworth y Wickers, *The law of succession testamentary and intestate*, págs. 5 y 27.—Joshua Willians, *Principles of the law of real property*, 18.ª ed., págs. 78 y 229.—Goodeve, *Modern law of real property*, 4.ª ed., 1897, págs. 328 y 392.—Reginald a Nelson, *The law of property*, Londres y Madras, 1895, págs. 428 y sigs.—Bigelow, *The law of wills*, Boston, 1898, páginas 19 20.

(4) Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, 2.°, pági-

La anterioridad del contrato—ó de una manera más general, del acto entre vivos—, en relación con el acto por causa de muerte, como medio para el *de cujus* de hacer pasar su sucesión á los herederos de su elección, el nacimiento tardío del testamento propiamente dicho, su localización en los períodos de cultura ya muy avanzados, aparecen desde hoy día como reglas generales del desenvolvimiento del Derecho.

---

nas 260 y sigs.—Lardy, *Législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, etc.*, 1877, págs. 197-199, 263, 275-277 y 284-285.

II

LA TRADICIÓN ROMANA: SU VALOR Y GRADO DE CREDIBILIDAD.

Si verdaderamente Roma ha conocido desde el siglo V, antes de nuestra era, el acta por causa de muerte y la institución de heredero testamentario, su legislación aparece en la historia natural de los sistemas jurídicos como una especie de monstruo, imposible de clasificar dentro de ninguna de las categorías conocidas. Mas para hacer cesar esta anomalía, para disipar este misterio, no basta el que se rebaje, con M. Pais, la fecha tradicional de las XII Tablas, un siglo y medio. La existencia del concepto moderno de testamento es, poco más ó menos, tan inverosímil á principios del siglo III como á mediados del V. Ella sola, prescindiendo de toda cuestión de fecha, la presencia de la noción refinada y sutil del testamento en una legislación en la que todos los demás elementos tienen un carácter arcáico acusadísimo, contradice los resultados más sólidos de la historia comparada y de la etnología jurídica. Es en otra dirección diferente en la que conviene buscar los medios de restablecer la harmonía entre las afirmaciones de la tradición romana y las enseñanzas de la historia comparada; en la negación de estar la verdadera naturaleza del testamento en

el acto aprobado primitivamente por la regla *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, es en la que lo encontraremos.

Es verdad que nos falta para responder á esto una alegación muy formal de la tradición romana; pero esta tradición, ¿presenta las garantías de certidumbre y de autenticidad suficientes para imponérsenos sin examen? Es lícito dudarlo. Los fragmentos demasiado escasos de los primeros monumentos del derecho romano que han llegado hasta nosotros, y notablemente las reconstituciones artificiales y conjeturales de las XII Tablas, no contienen la solución sino para bien pocos problemas. Solamente á partir de los tiempos de Plauto es cuando la literatura latina ó griega nos procuran algunos raros testimonios históricos sobre las instituciones jurídicas de Roma.

Para los siglos anteriores, el historiador está reducido á la dura necesidad de utilizar las reseñas que le suministran autores, de los que los más recientes han aparecido alrededor de cuatro siglos después de la redacción de las XII Tablas; oradores como Cicerón (1), historiadores como Tito Livio ó Dionisio de Halicarnaso, en los que el cuidado del efecto literario está infinitamente más marcado que la preocupación por la crítica de fuentes (2); gramáticos del siglo II ó del siglo III de

(1) Cuq, *Institutions juridiques romaines. L'ancien droit*, París, 1891, p. 18.

(2) Ettore Pais, *Storia di Roma*, 1.°, 1898, págs. 78 91; 1.°, 2, 1899, p. 375, nota 1.ª, y p. 685, nota 1.ª—Mommsen, *Römische Forschungen*, 2.°, 1879, páginas 221 y sigs.—Bernhoeft, *Staat und recht der römischen Königszeit in Verhältnise verwandten Rechten*, Stuttgart, 1882, págs. 1 16.—Cuq, loc. cit., p. 17.—De entre estos historiadores, el testimonio que es acogido de ordinario con más confianza por los romanistas, es todavía Tito Livio. Por tanto, los procedimientos de composición de este autor y el grado de credibilidad que merece, no han sido suficientemente puestos de manifiesto por el estudio de Nissem, *Kritische Untersuchugen ueber die Quellen der vierten und fünften Dekade des Livius*, Berlín, 1863, que nos hace asistir al curioso trabajo de transformación al que Tito Livio somete las narraciones de uno de sus guías, Polybio, para imprimirle un aire literario y acomodar la historia al gusto del público romano. El estudio de las fuentes del libro de Tito Livio y los métodos de trabajo de este escritor, han provocado en nuestros días una abundante literatura, de la que se encontrará su enumeración y análisis en Schany, *Geschichte der römischen Litteratur*, 2.ª parte, 1.°, Munich, 1899, págs. 259 267, §§ 325 y 328 (*Handbuch der Klassichen Alterthumswissenchaft*, de Iwan von Mueller, 8.°), y en Soltau, *Livius Geschichtswerk: Kompositionen und Quellen*, Leipzig, 1897, p. 9.

nuestra era, como Festus (1), encuéntranse reducidos asimismo á revelar y confrontar las alusiones al pasado jurídico de Roma, esparcidas en las obras de los jurisconsultos clásicos, y á hacer mérito de testimonios de ellos, aun de los juristas que, como Pomponio (2), son frecuentemente sorprendidos en flagrante delito de error histórico, hasta en aquello que concierne á hechos que han pasado en tiempos á él cercanos. En buena lógica se debiera pedir á semejantes documentos, no solamente la revelación del *procesus* de la evolución del derecho romano, tal como está efectivamente desenvuelta durante las fases anteriores al principado, sino solamente la indicación del lado que de este proceso ha sido conocido por los romanos de fines del siglo VII ó del principio del VIII de la fundación, ó por aquellos de los primeros siglos de nuestra era.

Para tomar idea de la fragilidad de las construcciones edificadas con la ayuda de tales materiales, no puede haber prueba más decisiva que el estudio de la rama, muy floreciente en la hora actual, de la literatura europea, que tiene por objeto los orígenes del derecho canónico musulmán, del *fiqh*, y, sobre todo, la historia de las fuentes de este sistema jurídico, ó, mejor, de este conjunto de sistemas jurídicos.

Al lado de obras de tan alto valor científico como las de Goldziher (3), de Schnouck-Hurgronje (4) y de algunos otros

---

(1) Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 178.—Brissaud, p. 231.—Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2.ª ed., 1898, p. 63, n. 4.ª

(2) Girard, *Compte rendu du livre de Krueger (Geschichte der Quellen)*, en la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1890, p. 334.—Joers, loc. cit., p. 10.—Cuq, *Institutiones juridiques*, p 473, n. 2, y los autores citados por él.—Muirhead, *Introduction historique au droit privée de Rome*, traducción francesa de Boucart, págs. 18 y 19.

(3) *Die Zahiriten, ihr Lehrsystem und ihre Geschichte.—Beiträge zur Literaturgeschichte der Shî'a und der—sunnitischen Polemik.—Ueber die Entwicklung des Hadîth*, en sus *Muhammedanische Studien*, 2.°, págs. 1 275, y sus artículos en la *Zeits. der. d. morg. Gesellschaft*, 1896, págs. 465 506, y en la *Zeits. fürg. verg. R. W.*, 1899, págs. 405 423.

(4) Véanse los dos estudios aparecidos en 1886, uno en la *Indische Gids. (Mohammedaansch regt en regtwetenschap)*, y otro en la *Rechtsgeleerd Magazijn (De fiqh en de vergelijkende regtwetenschap)*, diversos capítulos de su *Mekka* y de su *Atjehers*, la larga recensión del libro de Sachau, *Muhammedanisches Recht nach*

orientalistas (1), que describen los acontecimientos jurídicos de los tres primeros siglos de la hegira, en vista del testimonio de los escritores árabes contemporáneos á aquellos acontecimientos, encontramos también producciones de naturaleza completamente diferente, como los libros de Savvas Pachá (2), que expone la concepción en que fundan comúnmente, en nuestros días, los letrados musulmanes los precedentes por los que se ha operado la constitución del *fiqh*.

Mientras que Goldziher y Schnouck-Hurgronje reconstruyen la historia de las fuentes del derecho musulmán en vista de los documentos auténticos, Savvas Pachá lo hace de las tradiciones populares que se determinan entre el siglo V y el IX de la hegira (3). La confrontación de las conclusiones obtenidas por estos dos caminos tan diferentes nos enseñan bastante bien cómo la historia llega á ser desfigurada bajo las transformaciones y los embellecimientos que la hacen sufrir la tradición (4).

shafiitischer Lehre, en el *Zeits. der. d. marg. Gesell.*, 1899, y sobre todo dos importantes artículos, el del *Bijdragen tot de traal-land en volkenkunden van Nederlansch Indie*, 4.ª serie, 6.°, págs. 392 491, y el de la *Revue de l'histoire des religions*, 37, 1898, págs. 1 22 y 174 203.

(1) Por ejemplo, los trabajos clásicos de Von Kremer, *Geschichte der herrschenden Ideen des Islams*, págs. 138 y sigs., y *Culturgeschichte des Orients uuter den Chalifen*, 1.°, págs. 474 504.—Sprenger, Introducción al tercer volumen de *Leben und Lehre des Mohammads*, y sus estudios en el *Journal of the asiatic society of Bengal*, 25, 1856, págs. 303 329 y 375 381.—*Zeits. der. d. marg. Gesell.*, 1856, 10, págs. 1 17.—*Zeits. für berg. R. W.*, 1892, 10, págs. 1 31.—Sachau, *Sitzungsberichte*, de la Academia de Ciencias de Viena, *Phil. hist. classe*, 1870, 65, págs. 699 723.—Muir, Introducción á *The life of Mahomet*, y además, *Journal of the american oriental society*, 7.°, 1862. págs. 60-1e2, y *Journal asiatique*, 9.ª serie, 16, 1900, págs. 315 346.—El lector encontrará el análisis del conjunto de estos trabajos de los orientalistas contemporáneos, en la historia de las fuentes del derecho musulmán, en mi libro actualmente en prensa, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparée*, 1.ª serie, tomo 1.°, Introducción, *La fonction du droit comparée*, págs. 279 389.

(2) *Etudes sur la théorie du droit musulman*, París, 1892; 2.°, 1898.

(3) Savvas Pachá mismo señala entre las principales fuentes de las que él ha sacado sus reseñas sobre la evolución del derecho durante los tres primeros siglos del islamismo, dos tratados de metodología *(ouçol al fiqh)*, de los que uno, el libro de Pezdewi, no se remonta más que al siglo V de la hegira, y el otro, la obra de Mosla Hosrev, correspondiente al siglo I.

(4) Esto es lo que resulta de las recensiones del trabajo de Sawas Pachá,

Para penetrar en el espíritu de las instituciones del antiguo derecho romano, el historiador no dispone, en cuanto se atrinchera en el círculo limitado de la literatura latina, sino de instrumentos semejantes, no á aquellos de que se sirvieron Goldziher y Schnouck-Hurgronje, sino á los que solamente utilizó Savvas Pachá. No puede, pues, de éstos esperarse sino resultados inciertos y precarios.

Las sabias investigaciones de Mr. Ettore Pais nos permiten desde luego precisar nuestros motivos de sospecha acerca de la tradición romana. Con una remarcable seguridad de erudición y un raro vigor de dialéctica, Mr. Pais se dedica, en los dos volúmenes compactos de su *Storia di Roma*, á demostrar que los más antiguos documentos de los que se han servido los historiadores, y particularmente los *Anales de los Pontífices*, no han sido compuestos, sino muy posteriormente, con ayuda de memorias y de genealogías domésticas, novelas históricas inventadas por el orgullo familiar; y que los Pontífices han construído la historia oficial de la Monarquía y de los primeros tiempos de la República acomodándola á sus tendencias políticas y morales, y obedeciendo á un deseo visible de defender sus intereses sacerdotales y de abatir los sentimientos populares (1).

Indudablemente, todas las conclusiones del autor no deberán ser aceptadas como definitivas. Entre los ejemplos de anticipaciones y duplicidades que él señala, muchos son muy discutibles. La tentativa hecha con el fin de destruir, por el simple

---

dadas por Goldziher, *Byzantinische Zeitsrift*, 1898, 2.°, págs. 317 y sigs., y Schnouck Hurgronje, *Revue de l'histoire des religions*, 37, págs. 201 y sigs. Véase la respuesta de Savvas Pachá á la primera de estas noticias críticas: *Le droit musulman expliqué*, París, 1896.

(1) Para el desenvolvimiento de estas ideas generales, véase: 1.°, 1, páginas 1 128; en lo que concierne especialmente á los *Annales maximi*, 1.°, 1, páginas 27 y sigs., y para los fastos, 1.°, 2, págs. 643 y sigs.—El autor se propone desde luego volver á tratar y profundizar esta crítica de fuentes en un volumen complementario: *Fasti et Annali, Culti e Leggende dell' antichissima Roma*. Este volumen, aunque anunciado pora 1900, no ha aparecido todavía cuando escribo estas líneas.

análisis del contenido de la tradición, el resultado de la leyenda de esta historia, me parece en sí misma un tanto quimérica. Si Goldziher (1) ha podido proseguir con pleno éxito una demostración crítica del mismo género, en lo que concierne á la tradición musulmana, es porque la riqueza relativa de la antigua literatura árabe le suministraba instrumentos precisos de comprobación y medios de contraste material, que faltan en absoluto al romanista.

Pero al menos los trabajos de Mr. Pais han establecido bien claramente que la fecha asignada por la escuela de Mommsen para principiar el período histórico romano, está fijada en un pasado demasiado lejano, y que los tiempos legendarios prosiguen en Roma durante un largo período, extendiéndose hasta los tiempos de las Guerras púnicas, durante el cual no tenemos otras noticias sobre los acontecimientos de la vida del pueblo romano que las suministradas por una especie de historia sagrada, arreglada al gusto popular, grandemente penetrada de leyendas, y á la que no prestaremos, ciertamente, más confianza que á los diversos cuerpos de tradición religiosa, si nuestro sentido crítico no está paralizado por un respeto supersticioso á la antigüedad clásica. Los monumentos de la literatura latina ó griega ó de la romanista obtienen sus reseñas de las instituciones jurídicas de los primeros siglos de la República, no presentando incontrastablemente los caracteres requeridos por la sana crítica histórica para atribuirles el valor de testimonios auténticos. Nos expondremos á innumerables causas de error si utilizamos la tradición romana sin comprobarla. Pero ¿cómo ejercer esta comprobación? Procuraremos verlo en el capítulo siguiente.

---

(2) *Muhammedanische Studien*, 2.°, pág. 1 275.

III

Papel de la historia comparada como instrumento de comprobación de la tradición romana.

No tenemos á nuestra disposición para proceder á la delicada operación de comprobar ó contrastar los resultados de la tradición romana; otro instrumento eficaz que la historia comparada. Sólo la comparación de las legislaciones en los períodos de su constitución y en sus fases más antiguas, hecha directamente sobre las investigaciones del historiador (1), podrá desentrañar de la tradición popular romana los hechos históricos que allí se encuentran disimulados bajo el cúmulo de leyendas, y restituirlos á su verdadera significación. La historia

(1) Entre los sistemas jurídicos del pasado, hay más de uno que podamos estudiar á la luz de documentos históricos, y no solamente por las tradiciones populares en las fases de su desenvolvimiento correspondientes á aquellas que se han desarrollado en Roma durante los tiempos legendarios. No voy ahora á citar más que dos ejemplos: las costumbres germanas y el derecho hebráico. Este último sistema ha llegado á ser hoy día, gracias al maravilloso desenvolvimiento que ha tomado la crítica bíblica durante el siglo XIX, uno de los filones de acontecimientos de los más preciosos á que puede acudir el historiador del derecho comparado. El lector encontrará en mi introducción sobre *La fonction de droit civil comparée*, págs. 231-279, la indicación de aquellas conclusiones de la crítica bíblica que interesan á la historia de las fuentes del derecho hebráico y el análisis de los resultados que la comparación de las diversas compilaciones jurídicas, escalonándose por sus fechas alrededor de cuatro siglos, de los que la Biblia nos ha conservado el texto—*Libro de la Alianza, Deuteronomio*, y los cuatro pequeños cuerpos de derecho consuetudinario incorporados en las Pandectas leviticas—, nos suministran sobre la historia de la formación de la noción de la norma jurídica.

del derecho romano, no solamente durante la época legendaria de los Reyes, sino también durante los hechos semi-históricos de la República, está llamada, según mi íntima convicción, á transformarse profundísimamente bajo la influencia de la historia comparada de las instituciones (1).

No exageramos, de otra parte, el papel que incumbe en este respecto al derecho comparado, que tiene por misión no reemplazar, pero sí aclarar la tradición. El solo hecho de que una de las afirmaciones del historiador nacional esté en contradicción flagrante con los resultados, aunque fuesen los más uniformes y precisos de la historia comparada, no demuestra por sí mismo la inexactitud de esta afirmación. Existen en

(1) Actualmente, los romanistas franceses reconocen casi generalmente la necesidad de recurrir á la historia comparada á fin de suplir la insuficiencia de las fuentes romanas para la reconstitución de las primeras etapas de la evolución de esta legislación. Girard, *Manuel* (2), p. 15, *Les travaux allemands sur l'histoire du droit comparée. Nouvelle Revue historique*, 10, 1886, páginas 224-288.—*Las actiones noxales* (extracto de la nueva Revista histórica de Derecho), 188, págs. 62 y sigs.—Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile des romains*, 1.°, 1896, págs. 5-6.—Cuq, *Institutiones juridiques*, p. 19. —Landucci, *Storia del diritto romano*, 2.ª edición, 1.°, 1, p. 2.—Costa, *Storia del diritto romano*, 1.°, Introducción, p. XXII.—Carle, *Le origini del diritto romano*, 1888, preferentemente p. 5 y sigs.—Interesantes tentativas se han hecho en este sentido, pero desgraciadamente con una base de comparación demasiado estrecha, con la ayuda de elementos tomados de un demasiado pequeño número de sistemas jurídicos indo-europeos, por Bernhöft, *Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*, en el *Zeitschrift für verg. R. w.*, 1.°, 1878, págs. 1 38. *Ueber die Grundlagen der Rechtsentwickelung bei den indo germanischen Völkern*, en la misma revista, 2.°, 1880, págs. 253-328, y por Leist (que procura sobre todo encontrar el derecho anterior á la dispersión de las diversas ramas arias, partiendo desde luego de postulados muy discutibles y de ideas muy anticuadas): *Græco-italische Rechstgeschichte*, 1884.—*Altarisches jus gentium*, 1889.—*Altarisches jus civile*, 1892 1896.—Dos ideas un poco menos estrechas se afirman en algunos de los artículos publicados más recientemente por Bernhöft en la *Zeitschrift für verg. R. w.*, artículos en los que el derecho romano no ocupa más que un lugar muy accesorio: *Zur Geschichte des europäischen familienrechts*, 8.°, 1889, págs. 1-28; 166-222, 384 406.—*Altindisches familienorganisation*, 9.°, págs. 1-45.—*Die Principien des europäischen familienrechts*, 9.°, págs. 392-444, etc.

efecto, monstruos en la historia de las sociedades humanas, lo mismo que en la historia de las especies animales. Pero hay siempre aquí un motivo decisivo para mostrar alguna deficiencia, por lo que respecta á la tradición, para someterla á un examen atento, y para investigar si otros elementos no son de tal naturaleza que confirmen y acentúen la suposición natural que inspira. Muy frecuentemente ella suministrará por sí misma al historiador los indicios necesarios para trasformar su suposición en certidumbre.

Estos indicios serán siempre de dos clases:

1.ª La ausencia de correspondencia entre las formas y los efectos atribuídos por los clásicos á un acto jurídico del derecho antiguo. El procedimiento y los símbolos varían mucho menos deprisa que el fondo del derecho. El recuerdo de un ceremonial sobrevive de ordinario largo tiempo á la consciencia de su significación primitiva. Si los autores latinos, de los que nosotros utilizamos el testimonio, aparte de otras fuentes, han cometido alguna equivocación—como lo atestigua la circunstancia que yo vengo á prever—en la descripción de tal ó cual institución arcáica, ya en desuso mucho antes del tiempo en el que ellos han vivido, hay lugar á presumir que se han engañado mucho más en la exposición de los efectos que en la descripción de las formas de la institución en cuestión. Bastará generalmente para rectificar las indicaciones erróneas que nos son suministradas sobre los efectes de esta operación, con separar la significación real ó efectiva de las formas en que se manifiesta. Pero ¿cómo descubrir los efectos agregados á estas formalidades por los hombres que las han practicado? ¿Con las solas luces de nuestra inteligencia y de nuestra imaginación? Ciertamente que no. Su verdadero sentido no se nos puede ser revelado sino por la historia comparada. Cuando el ceremonial descrito por los clásicos—ó al menos sus rasgos esenciales—, se encuentran, abstracción hecha de los detalles, en los medios de cultura análogos á la Roma antigua, que son plenamente accesibles á la historia, y aparece en todas estas socie-

dades, destinado á atender al mismo fin general, viene á ser muy verosímil el que el acto al que corresponde este ceremonial, y del que la tradición nacional no ha conservado sino confusamente su recuerdo, haya tenido en Roma, poco más ó menos, la misma estructura jurídica y la misma función económica y social que en las civilizaciones similares, de las que nosotros debemos estudiar el funcionamiento.

2.ª Las *supervivencias*. Las instituciones que el progreso de las costumbres y las transformaciones de la vida económica hacen caer en desuso, dejan siempre detrás de sí algunas huellas, y comunican algunos de sus caracteres á las instituciones que las implantan. Muchas de las reglas jurídicas conservan su imperio largo tiempo después de la desaparición de su razón de ser. Esto son las *supervivencias*.

El estudio de las supervivencias, ¿puede permitirnos, al menos cuando las encontremos en gran número, reconstituir las instituciones desaparecidas á las que ellas se refieren? Sí; pero con la condición de reclamar continuamente la ayuda de la historia comparada. Fuera de ésta, no puede haber lugar más que para conjeturas incomprobables. Solamente cuando las disposiciones de la jurisprudencia clásica—en las que la imposibilidad de encontrarlas una justificación racional y una explicación plausible denuncia el carácter de *supervivencia*—se presentan uniformemente en los períodos históricos poco avanzados como efectos habituales de tal ó cual tipo de instituciones, se puede afirmar, sin gran temeridad, que su presencia en el derecho clásico denota la existencia en el más antiguo derecho romano de una institución perteneciente á este tipo.

Cada uno de estos dos datos aislados conducen ya á formular dos hipótesis algo menos frágiles que las que nos son sugeridas por la literatura latina. Cuando se encuentren reunidas, nos darán el máximum de probabilidad que podemos esperar en nuestro trabajo de reconstitución de las fases antehistóricas de la evolución de un sistema jurídico.

IV

El testamento y la adopción.—Gans y Schulin.

Si sometemos á la necesaria comprobación de la historia comparada los resultados de la tradición romana sobre la sucesión de modos de disposición de última voluntad, vendremos á parar á conclusiones notablemente diferentes á las que aceptan de ordinario los romanistas, sobre el testimonio de los escritores del fin de la República y de los primeros siglos de nuestra Era. Haremos constar asimismo, que el concepto del testamento, tal como nosotros le entendemos, hoy día es un producto relativamente tardío de la jurisprudencia romana.

Aquellos romanistas que extienden su vista más allá del horizonte limitado del derecho romano, y que prosiguen paralelamente el estudio de esta legislación y el de la historia de otros sistemas jurídicos, se han en su mayor parte alistado desde largo tiempo en esta tendencia. Desde 1825, uno de los escritores que más han contribuído á preparar la constitución de una ciencia de la historia comparada del derecho, Eduardo Gans (1), desenvolvía la tesis de que el pretendido testamento del tiempo de las XII Tablas (testamento *in procintu)*, había tenido en realidad por función establecer vínculos de parentesco entre el autor de la disposición y los herederos designados en el acto, y sacaba del análisis de los textos literarios numerosos argumentos destinados á demostrar que la operación jurídica, impropiamente calificada de testamento por los juristas romanos de la época clásica, presentaba la verdadera natu-

(1) *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*, 2.°, págs. 87 74.

raleza de adopción; esta palabra *adopción* era tomada en un sentido lato (Gans consideraba la distinción entre la arrogación y la adopción como relativamente reciente).

La idea de Gans ha sido vuelta á presentar bajo una forma nueva y rejuvenecida por Schulin (1), que ve en el testamento *in calatis comitiis* el equivalente exacto del testamento griego con εἰςποηἱις, es decir, una adopción testamentaria, ó más bien el fundamento de una adopción *post mortem*, una orden dada al heredero de dejarse arrogar después de la muerte del testador, un deseo manifestado por el disponente en formas solemnes, ante la asamblea popular, de que las ceremonias de a arrogación sean cumplidas después de su muerte, y por consiguiente, sin su cooperación. Tanto en la teoría de Schulin, como en la de Gans, el testador del antiguo derecho romano no podía conferir á los extraños la vocación hereditaria, más que á condición de transformarlos en parientes; el testamento de las XII Tablas ha servido, no para dejar á un lado la sucesión *ab intestato*, sino como en los modos de sucesión universal de las constumbres germánicas, para alargar ó modificar la lista de herederos legítimos.

La modificación que Schulin, impelido por el cuidado demasiado abiertamente manifiesto, de identificar la evolución del derecho romano y la del derecho griego, hace sufrir á la teoría de Gans, no es de las más afortunadas. Bajo la forma más sutil y complicada que la de Schulin, la tesis de Gans llega á ser fácilmente criticable, y pierde una parte de los puntos de apoyo que ella encontraba en la historia comparada. La doctrina que erige el testamento *comitial* en un modo de arrogación ó de adopción se contradice desde luego, aun dejando aparte las dificultades nuevas que suscita la fórmula que ha presentado Schulin, y ofrece graves objeciones (2). Tal

---

(1) *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, Bâle, 1882, páginas 50 54.—*Lehrbuch*, p. 458.

(2) Girard, *Manuel* (2), p. 780, nota 2.

vez, sin embargo, pudiéramos ser tentados á ver en las reseñas que poseemos sobre la adopción testamentaria romana, un indicio que permitiese creer que la adopción haya jugado en Roma, en la historia del régimen sucesorio, el mismo papel que en otras tantas legislaciones antiguas. La existencia de la adopción testamentaria no nos ha sido revelada en Roma, sino á partir del fin de la República; pero esto se explica sin duda por la insuficiencia tan manifiesta de fuentes, en lo que concierne á los períodos anteriores (1). Según M. Cuq (2), en el momento en el que comenzamos á conocerlo, está ya en plena decadencia; no percibimos más que los últimos resplandores.

Se puede hacer valer en este sentido, de una parte, el silencio absoluto observado por los jurisconsultos clásicos, y de otra la ambigüedad y la imprecisión de la estructura jurídica de este acto, que nos autorizan á pensar que estamos en presencia de una institución que ha sobrevivido á su razón de ser originaria, y que ha perdido su naturaleza y su función primitivas. Sabemos, en efecto, cuán varias opiniones ha suscitado el problema de la clasificación de la adopción testamentaria entre las categorías habituales de la concepción romana, testamento y arrogación (3). Es incontestable que la adopción, en las ciudades griegas, ha proporcionado la transición de la sucesión exclusivamente legítima á la testamentaria, y que el desenvolvimiento de los testamentos sin εἰσποίησις, nunca ha ahogado la práctica más antigua de la adopción testamentaria (4). La misma adopción testamentaria ha sido añadida

(1) Lefas, *L'adoption testamentaire à Rome. Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 21, 1897, p. 724.

(2) *Institutions juridiques*, págs. 236-239.—Véase Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen kaiserreichs*, p. 340.

(3) Girard, *Manuel*, págs. 168-169.—Mommsen, *Etude sur Pline le Jeune*, páginas 36-42.—*Droit public*, 6.°, 1, págs. 42-43.—Henry Michel, *Droit de cité romaine*, págs. 240-297.—Pauly Wissowa, *Real Encyclopaedie der classichen Alterthumswissenschaft*, 1.° (2), voz *adrogatio*.

(4) Van Hille, *De testamentis jure attico*, Amsterdan, 1898, p. 1.—Bruns, *Die testamente der griechischen Philosophen*, en *Zeitschrift der Savigny.—Stiftung. Rom.*

tardíamente á la adopción entre vivos, que durante largo tiempo sin duda fué la sola autorizada.

Esto es al menos lo que parece probar la ley de Gortyn (1), que no reglamenta más que la adopción entre vivos, é ignora todavía la adopción testamentaria, revelando por esto el carácter relativamente moderno de la segunda (2). Los ejemplos de adopciones testamentarias que relatan la literatura romana, ¿no constituyen las últimas supervivencias de un tipo de acto jurídico, que en Roma como en Atenas, es intercalado en el orden de aparición histórica de los diversos procedimientos de creación artificial de herederos, entre la adopción entre vivos y la institución testamentaria? Gans, y tras él un escritor al que la historia del derecho germánico es tan familiar como la del derecho romano, Sohm (3), lo han pensado así. Pero no hay aquí más que una hipótesis, que la extrema pobreza de fuentes antiguas del derecho romano no permite comprobar directamente, y en la que las conclusiones actuales de la historia comparada, demasiado vacilantes en el detalle, aunque siempre dándoles cierto carácter de verosimilitud, no sientan indiscutiblemente sus motivos fundados.

Abth., 1.°, 1880, págs. 6 y sigs.—Schulin, *Griechische testament*, pags. 17-38.—E. Caillemer, *Le droit de tester à Athènes*, en el *Annuaire de l'Association pour l'encouragement des études grecques*, 1870, págs. 19 39.—P. Gide y E. Caillemer, en la palabra *adoption*, en Daramberg et Saglio, 1.°, 1, p. 76.—Dareste, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, introducción, p. 31.

(1) Buecheler y Zitelmann, *Das Recht von Gortyn*, Francfort, 1883, p. 161.—Dareste, *La loi de Gortyne. Nouvelle Revue historique de droit*, 10, 1886, páginas 271 272.

(2) Giraud, *La propriété foncière en Grèce*, París, 1893, págs. 107 y sigs.—Beauchet, *Droit privé de la république athénienne*, 2.°, p. 9; 3.°, págs. 427 431.—Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 341.

(3) *Institutionem*, § 99, 1.°—Véase también Greif, *Origine du testament*, páginas 60 y sigs.

V

La institución *calatis comitiis*. Esta institución pertenece al tipo de la institución contractual ó de la adopción de heredero.

Sin proseguir Gans, Schulin ni Shom en la identificación del pretendido testamento de las XII Tablas con la adopción ó la arrogación, concebidas como modos de establecimiento del parentesco ó de la potestad paternal—identificación que tiene un carácter conjetural—, al historiador del derecho comparado puede desde hoy día afirmar como un hecho absolutamente cierto, que el procedimiento de creación de sucesores universales prescrito, según la tradición romana, en las XII Tablas, no tiene más que una relación lejana con el testamento, tal como le describen las compilaciones de Justiniano, y que pertenece al tipo—extendido en un gran número de costumbres primitivas, tanto al lado como en lugar de la adopción propiamente dicha—que la *lex Ribuaria* denomina *adoptio in hereditatem*, y cuyas variantes más conocidas son la *affatomia* franca y el *thinx* lombardo. La prueba se encuentra en la tradición romana, tal como ella se presenta á nosotros. Esta vuelve á salir de la descripción que los comentarios de Gaius hacen de la sucesión de formas de testamento. Es evidente que esta descripción ha sido obtenida por el empleo de un método bien conocido, que M. Esmein (1), denunciando su abuso en materia de legislación comparada, llama el método de transposición. Este método anticientífico ha sido demasiado frecuentemente aplicado á la historia del derecho. Consiste, por parte del ju-

(1) *Le droit comparé et l'enseignement du droit. Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, pág. 379.

rista, en identificar las instituciones nacionales ó las presentes con las extranjeras, ó las pasadas, que producen resultados casi análogos, aunque por una técnica jurídica diferente.

La semejanza del resultado final conseguido por el modo de disposición universal de las XII Tablas, y por el testamento de su tiempo, ha hecho olvidar á los *prudentes* de la época clásica la diversidad de procedimientos utilizados para obtener este fin común. Éstos erigen en tipo primitivo de testamento una institución arcaica que en Roma, como en todas partes, ha precedido históricamente al testamento y le ha abierto el camino, á saber: el contrato sucesorio, ó para emplear una expresión más precisa y más comprensiva, el establecimiento entre vivos de la vocación hereditaria.

Las dos series de ceremonias enumeradas, bien en el párrafo 101, ó bien en el párrafo 102 del segundo comentario de Gaius, se hacen inexplicables é incoherentes cuando se ve en ellos las formas de un testamento. Hay aquí entonces una discordancia palpable entre la naturaleza de la operación jurídica y las solemnidades que le rodean. Por el contrario, estas solemnidades se adaptan perfectamente al contrato sucesorio, y se explican por la función misma de esta operación jurídica. No hay uno solo de sus elementos que se encuentre en otras legislaciones primitivas figurando en el ceremonial de la *adoptio in hereditatem* ó en la institución entre vivos. No creo posible que un historiador del derecho comparado vacile un instante, por poco que se tome el cuidado de estudiar directamente los textos en lugar de aceptar como buena, sin comprobarla, la interpretación de los romanistas, en declarar con Gans, Sohm y Schulin, que los actos del antiguo derecho romano, descritos por Gaius, no han sido calificados de testamento, sino por efecto de una grosera equivocación de los jurisconsultos clásicos. Se distinguen, sin esfuerzo, todos los rasgos característicos del tipo de devolución sucesoria por la voluntad del *de cujus*, que florece en las anteriores civilizaciones, del concepto del testamento entonces desconocido.

Esto es más visible en lo que concierne á la institución que Gaius—II, 101—presenta como la más antigua forma de testamento, y que se acostumbra á llamar testamento *calatis comitiis*. Este procedimiento se verificaba ante los Colegios de Pontífices y ante los comicios por curias (*comitia calata*) reunidas á este efecto solamente dos días por año.

La determinación del papel originario de los Pontífices y de la Asamblea popular ha suscitado en otro tiempo vivas controversias, que pueden considerarse, en mi parecer, como definitivamente terminadas. Mientras que Gans (1), y antes que él diversos escritores del siglo XVIII, Thomasius, Heineccius y Trekell, asignan como razón de ser á esta intervención ejercitar una comprobación ó dar una autorización, otra opinión opuesta (2), ve aquí una asistencia pasiva y un simple registro de la voluntad del disponente. Es incontestablemente la primera de estas dos concepciones, la de Gans, la que prevalece actualmente en la ciencia romanística (3).

La antigua tesis, que defienden todavía Hœlder y Karlowa, no resiste desde luego al examen. Es impotente para explicar los efectos del pretendido testamento comicial que traspasan aquellos propios de un acto privado, y sobre todo desconoce el papel primitivo de los testigos instrumentales. En las costumbres más antiguas de las que la historia conoce el funcionamiento, el testigo no ocupa el lugar oscurecido en el que está

---

(1) Loc. cit., 2.°, pág. 46.

(2) Opinión defendida antes con energía en 1821 por Dernburg, y de la que el último eco se encuentra en los libros de Hœlder, *Beiträge sur Geschichte des römischen Erbrechtes*, Erlangen, 1881, págs. 40 y sigs.; de Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2.°, págs. 847 y sigs., y en los de Voigt, *Die XII Tafeln*, página 171. Véase también Greif, *Origine du testament romain*, págs. 51 y sigs.

(3) Ha recibido la adhesión: en Alemania, de Mommsen, *Droit public*, versión francesa, 6.°, págs. 363 365; de Ihering, *Geist des römischen Rechts*, 5.ª edición, 1.°, págs. 145-148, y traducción de Meulenaere, 1.°, págs. 147-150; de Pernice, *Labeo*, pág. 358, y *Formelle Gesetze im römischen Rechte*, en *Festgabe für R. von Gneist*, Berlín, 1888, pág. 129; en Francia, de Girard, *Manuel*, pág. 780, y Cuq, *Institutions juridiques*, págs. 293 295.

relegado en nuestras modernas civilizaciones. Así es de notar, cómo los testigos puestos en escena por las innumerables cartas de la primitiva Edad Media cristiana, no son personajes mudos, sino verdaderos colaboradores de los actores principales; dan el consejo y la aprobación y aun autorizan á la misma parte á quien asisten, y se obligan, al menos moralmente, frente á frente del contratante, á velar por el cumplimiento de la promesa hecha ó á mantener la transferencia realizada presentándose después como defensores y protectores de la operación jurídica. Es frecuentemente difícil distinguirles, bien de las personas cuya intervención se justifica por la existencia á su favor de un derecho de oposición (parientes, señores, etc.), bien de los fiadores ó de otros gerentes de la ejecución.

Este fenómeno no es especial de las costumbres germánicas; se le puede estudiar en muchas otras sociedades análogas, y Ihering (1) ha seguido sus manifestaciones en la antigüedad romana. Sin duda las ideas de Ihering parecen algún tanto conjeturales cuando se aisla, como él hace, en ciertas páginas, el antiguo derecho romano, del conjunto de sistemas jurídicos correspondientes; pero toman gran solidez á la luz de la historia comparada. Este simple hecho probado, de que la Asamblea popular sea testigo de un acto, autoriza para concluir, dada la concepción antigua de la función de los testigos instrumentales, que originariamente el pueblo ha intervenido este acto, y que su aprobación ha sido solicitada.

El heredero instituído en los *comitia calata* apoyaba, pues, primitivamente, su vocación necesaria, no solamente como el heredero testamentario del derecho clásico, en la voluntad del *de cujus*, sino también como el arrogado en la voluntad colectiva de los miembros de la ciudad. Su título consistía en una decisión de los comicios, corrigiendo ó completando á su favor, en la demanda del *de cujus* y en la proposición de los Pontífices, las reglas habituales de la sucesión *abintestato*. El testa-

(1) Loc. cit., págs. 140-150, y en la traducción francesa, págs. 142-152.

mento *comitial* primitivo, que muchas veces se le ha llamado también, uniendo términos contradictorios, testamento legislativo, no ha sido más que el medio de llevar á la práctica el poder conceder dispensas individuales de la observación del derecho existente, cuyo ejercicio por las Asambleas populares ha preparado á Roma, y lo mismo á muchas otras civilizaciones, para la aparición, por medio de la costumbre, de formas superiores y más modernas de la norma jurídica.

He aquí un hecho característico—esta colaboración del disponente y de la autoridad pública—que se encuentra comunmente en el ceremonial primitivo de la *adoptio in heredem* ó de la institución contractual. Existe —limitándome á los dos ejemplos más conocidos—, bien en la afatomía franca, cuyo ceremonial se ha desarrollado, al tiempo de la redacción de la ley Sálica, durante dos ó tres de sus fases, ante la Asamblea judiciaria del pueblo, *mallum indicatum*, después *mallum legitimum*; bien en los *thinx* lombardos, pero en una época anterior al edicto de Rotharis. Aquí todavía el concurso del pueblo parece claramente haber tenido un carácter activo, y haber consistido en su origen en una concesión de autorización (1).

Es bien evidente que á esta clase de formas, entre el *thinx* y la *afatomía* de un lado, y el pretendido testamento *comitial* de otro, corresponde una cierta comunidad de efectos. Solamente por todo esto el disponente estaba obligado á obtener en vida la aprobación, primero de la autoridad religiosa, y después de la política, siendo imposible que su voluntad quedara conforme á la definición clásica del testamento, mudable hasta la muerte. Es menester que tuviera un carácter de actua-

---

(1) Véase para la afatomía: Heusler, *Institutionen*, 2.°, pág. 622.—Schrœder, *Lehrbuch* (3), pág. 334.—Y para el thinx: Pertile, *Storia del diritto italiano*, 4.°, 1896, pág. 6.—Salvioli, *Manuale de storia del diritto italiano* (3), pág. 454.—Tamassia, *Le alienazioni degli immobili e gli eredi secondo gli antichi diritti germanici*, Milán, 1885, págs. 223 y sigs.—Schrœder, *Zeits. der Savigny Stiftung. Germ. Abth.*, 1886, 7.°, págs. 53 y sigs.—Pappenheim, *Launegild und Garethinx*, página 30.—Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 1.°, pág. 109.

lidad. El testamento *calatis comitiis*, según la expresión usada en las fórmulas de *afatomías* y de *ereditoriæ*, produce sus efectos *a die præsenti* desde el día en el que las ceremonias habían sido cumplidas, y dan al instituído, no como el verdadero testamento una simple esperanza de sucesión, sino un derecho completo á suceder.

La vocación hereditaria creada por la decisión de los comicios, ¿podía ser derogada como la adopción entre vivos de la ley de Gortyne (1) por medio de un nuevo procedimiento, ó, al contrario, era absolutamente irrevocable como la de la *adoptatus in hereditatem* de la costumbre germánica, merced á la cual la energía primitiva del *Beispruchsrecht* de sucedidos se mantenía mucho más tiempo que el derecho de los parientes? (2). No tenemos ningún dato sobre este punto, pero podemos afirmar que si el derecho de sucesión establecido por el voto de los comicios era susceptible de revocación—lo que es dudoso—, la voluntad del disponente no era suficiente para destruirle. La desheredación del instituído, suponiéndola posible, debía exigir los mismos concursos que la institución misma: el concurso de los Pontífices y el concurso del pueblo. Para deshacer lo que una ley había hecho era necesaria otra ley (3). Los derechos necesarios del instituído *in calatis comitiis* se modelan sobre los del *heres suus*, ó por lo menos se diferencian de ellos muy poco. La teoría primitiva de la institución *in calatis comitiis* se aplica mejor que á la historia de la sucesión testamentaria, á la historia de la sucesión contractual.

(1) Schulin, loc. cit., pág. 38.—Dareste, *Nouvelle revue historique*, 1886, página 272.—Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, págs. 213-215.

(2) *Rotharis*, 173, parecido á la *Lex saxonum*, 62-64.

(3) Girard, *Manuel* (2), pág. 785.

VI

Sus condiciones de fondo.—La regla *uti legassis*.—La *adoptio in hereditatem*, no ha sido posible sino por la ausencia de *heres suus*.

La opinión más acreditada entre los romanistas estima que es en vista de la operación jurídica anterior como ha sido formulado el adagio: *uti legassis*..., etc., y admiten, sobre la fe de Pomponius (D. 50, 16 *de orb. sign.* 120), que esta disposición, atribuída á la ley de las XII Tablas, ha tenido por objeto transformar en una pura formalidad la sumisión del testamento á los *comitia calata*, suprimir la intervención efectiva de los Pontífices y de los comicios, y reemplazar las leyes individuales hasta las dictadas por el pueblo, con conocimiento de causa después de la información de los Pontífices, por una ley general que habilitaba desde luego á todos los jefes de familia para regular á su arbitrio la devolución hereditaria de su patrimonio. Un régimen que no admitía que la menor modificación pudiera ser hecha, sea en la lista de sucesiones, sea en los efectos naturales de la sucesión, sin un permiso especial de la autoridad, habría bruscamente dado lugar á una libertad ilimitada de disponer en vista de la muerte, no permitiendo ningún temperamento verdaderamente eficaz.

Hasta mediados del siglo v los miembros de la comunidad doméstica eran en Roma, como en las costumbres germánicas y como en Grecia (1), según la opinión más generalizada y sólida, por lo menos en aquello que concierne á los períodos an-

tiguos, eran, repetimos, doblemente herederos necesarios del jefe de la casa, sucediéndole, no solamente contra el deseo de aquéllos, sino aun contra su propia voluntad, y no podían ser privados de su vocación hereditaria sino por una decisión de la Asamblea popular.

A mediados del siglo v habrían súbitamente cesado de ser herederos necesarios en el segundo sentido. Una revolución brutal había conferido desde este momento, al *de cujus*, la facultad de tomar, cualquiera que fuera el estado de composición de su familia, en el acto de dicho testamento *comitial*, todas las medidas que el testamento de los tiempos clásicos permitía: instituciones de heredero, desheredaciones, legados y nombramiento de tutor. Sólo más tarde el desenvolvimiento de la *quærella inofficiosi testamenti* impuso límites á la omnipotencia del jefe de familia.

Esta teoría corriente está en perfecta armonía con los resultados de la tradición romana, pero no corresponde con los resultados de la historia comparada. Desde luego—si el lector me da crédito, encontrará la justificación de mis afirmaciones en uno de los capítulos de este volumen—aquí, la transición de la propiedad familiar á la propiedad individual se ha operado fuera de los tiempos legendarios, ó en los inmediatamente siguientes, nunca á través de las tradiciones populares, sino á la luz de documentos históricos, constando que el derecho de sucesión indeleble y el *Beispruchsrecht* del heredero de sangre no desaparecen sino gradualmente, y que han sufrido una serie de atentados y de limitaciones antes de morir, después de una lenta decadencia.

Se buscará vanamente, en las civilizaciones marcadas por la historia, el equivalente al extraño fenómeno, cuya existencia

(1) Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes*, París, Caen, 1879, págs. 149 y sigs., y en sentido contrario, Dareste, *Plaidoyers civils de Démosthène*, 1.°, pág. 29 y Beauchet, loc. cit., 3.°, pág. 587.

afirmaban los romanos de la época clásica. La transformación del régimen sucesorio que, después de la tradición no es realizada en Roma en un día, ha necesitado en todas las sociedades en las que nosotros podemos seguir la evolución de su derecho, muchos siglos para realizarse, así la teoría dominante ha encontrado algunos contradictores, aun entre los romanistas mismos.

M. Cuq (1) ha creído encontrar en el análisis de una de las variantes que han llegado á nosotros de la regla *uti legassit...*, en aquella que da Ulpiano, *Reg. XI, 14, uti legassit super pecunia tutelave suæ rei*, variante que no menciona más que la tutela y la *pecunia*, sin hablar de la *familia*, la prueba de que la innovación atribuída á las XII Tablas no se refería más que á la *pecunia*, es decir, á la *res nec mancipi*, objetos de plena propiedad individual, con exclusión de la familia, de la *res mancipi*, y muy particularmente de los inmuebles, del *heredium*, bienes pertenecientes á toda la comunidad doméstica, de los que el jefe de la casa no era más que un copropietario.

Para los bienes de la familia, la ley de las XII Tablas había dejado subsistente el régimen antiguo. El *de cujus*, siempre no podría disponer más que bajo la inspección y con la autorización de los Pontífices y de la Asamblea comicial. Sólo los legados consistentes en *pecunia* habían sido autorizados una vez para siempre en el siglo v. Es solamente la jurisprudencia posterior la que, combatiendo progresivamente en detrimento de la copropiedad de la familia, ha extendido poco á poco, por la interpretación, la disposición de las XII Tablas, de la *pecunia*, única primitivamente autorizada, á la *familia*, y ha hecho, lentamente, beneficiarse á las instituciones de heredero y desheredaciones del régimen de libertad establecido primeramente en

---

(1) *Recherches historiques sur le testament «per aes et libram». Nouvelle revue historique*, 10, 1886, págs. 540 y sigs.—*Institutions juridiques*, págs. 282 y sigs. y 108 y sigs.

favor de los legados de *res nec mancipi*. La tradición romana suministra aquí un nuevo ejemplo de un fenómeno del que yo he seguido sus manifestaciones en todas las legislaciones, y que podemos observar todavía actualmente entre nosotros: la tendencia del jurista á colocar bajo la proteción de la autoridad del legislador ó de la costumbre antigua las producciones recientes de la práctica (1).

Ya en 1881, Schirmer (2) se separó de la misma dirección general. Se esfuerza en demostrar que en el antiguo derecho romano el *de cujus* no podía testar cuando había *sui heredes* (3), habiendo creído encontrar la prueba en los textos de la época clásica, que guardan todavía el recuerdo de la copropiedad que ya no existe, en vida del jefe de familia, entre él y los *sui heredes* (4); en la lista de sucesores abintestato, atribuída á las XII Tablas (5), que comienza por los *proximus agnatus*, presuponiendo la vocación de los *sui heredes*, como el título *de alode* de la ley Sálica presupone la vocación de los *filii*, y parece admitir que el heredero *sien* no adquirirá un derecho nuevo á la muerte del jefe de la casa, si no, según el dicho de Pablo, continúa una propiedad anterior con una libertad de administración que hasta entonces le había faltado; en la exclusión de la

---

(1) Para las objeciones dirigidas á esta teoría: denegación de un valor técnico á la distinción de la *familia* y de la *pecunia*, mención de la *familia* al lado de la *pecunia* en la versión del texto de las XII Tablas, dada por Cicerón, y la *Rhétorique à Herennius*.—Regla *institutio heredis est caput et fundamentum testamenti*.—Girard, *Manuel* (2), pág. 782, nota 3.ª

(2) *Das familienvermügen und die Entwickelung des notherbrechts bei den Römern: Zeits. der. Savigny-Stiftung. Rom. Abth.*, 2.º, págs. 165-180.

(3) M. Cuq, *Institutions juridiques*, págs. 286 y 588, vuelve á tomar, bajo una forma algo diferente, la idea de Schirmer. Hace constar que el testamento no ha sido, en efecto, usado durante los primeros siglos más que para el caso en que el testador no tuviera heredero suyo, y que en los más antiguos ejemplos que tenemos de testamentos emanados de un padre de familia, se ha supuesto siempre que éste ha creído á sus hijos en lugar preferente.

(4) Gaius, 2.ª, 157; D. 28, 2, *de liberis et posthumis*, 11.

(5) Quinto, 4.

usucapio pro herede en presencia de los herederos necesarios (1); en la doctrina de los savignianos sobre la nulidad de la *in jure cessio hereditatis*, excepto para el *suus*, del que el título ha sido desde el origen otra cosa y algo más que un derecho de suce sión; y, por último, en la máxima *posthumi agnatione testamentum rumpitur*, que, como regla correspondiente de la costumbre lombarda (2), no ha sido desde luego más que una consecuencia ó complemento muy natural de la denegación de la facultad de crearse herederos de su elección al individuo que tiene *sui heredes* (3).

Schirmer obtiene un argumento del sentido mismo de la organización primitiva de la sustitución pupilar. La sustitución pupilar, desde luego, no ha sido más que una variante de la sustitución ordinaria, y no ha tenido efecto más que sobre el patrimonio del padre, pero no sobre el del hijo. Por este acto el *de cujus*, cuyo hijo era impúber, temeroso de que su hijo muriese *ante pubertatem*, se elegía subsidiariamente otro heredero, en vista de esta hipótesis; designaba, pues, un instituído en segundo lugar para recoger su sucesión en el caso de que *in potentia* muriese, sea antes que él, sea después, pero antes de haber adquirido la aptitud para disponer de su fortuna.

En cualquiera de las dos eventualidades, de ordinario previstas simultáneamente (4), la disposición producía los mismos efectos generales.

Es muy verosímil que en la segunda hipótesis, muerto *ante*

---

(1) Gaius, 2.°, 58; exclusión cuya razón de ser se aclara por la comparación con el derecho griego: *Démosthène contre Leochares*.—Dareste, *Plaidoyers*, 2.°, pág. 80.—Greif, *Origine du testament romain*, pág. 29.

(2) *Rotharis*, 171; *Liutprand*, 65.

(3) Véase también el antiguo derecho de Lübeck, en el que la ruptura del testamento por superveniencia de hijos se explica por la requisición del consentimiento de los herederos para la validez del testamento referente á los bienes inmuebles.—Stobbe, *Handbuch*, 5.°, pág. 214, nota 30.—Pauli, *Abhandlungen aus dem lübischen Recht*, 3.°, pág. 248.

(4) Gaius, 2.°, 179.

pubertatem, todo pasara teóricamente como si el hijo no hubiera sobrevivido á su padre; que el hijo fuera considerado, si no llegaba á la pubertad, como no habiendo jamàs recogido la sucesión (1), y què, por consiguiente, la sustitución pupilar del más antiguo derecho venía, en todos los casos, á favorecer á un heredero directo del disponente (2).

¿Para qué una teoría especial de la sustitución pupilar que, bajo este primer aspecto, parece por tanto no ser más que una realización en la práctica del derecho común de las sustituciones (3), si no es para llevar una derogación muy equitativa á la prohibición de disponer de la universalidad de la sucesión en perjuicio de los *sui heredes*?

Esta parte del argumento de Schirmer puede ser fortificada por la comparación con el derecho griego. Nosotros encontramos en Atenas el equivalente exacto de la sustitución pupilar primitiva en una costumbre atestiguada por uno de los discursos forenses de Demóstenes (4). Cuando el testador no dejaba á su muerte más que hijos menores, los efectos de su sucesión quedaban en suspenso mientras duraba la minoría. El testa mento queda definitivamente desprovisto de eficacia, al menos en todo lo referente á la adopción testamentaria, cuando los hijos ó uno de ellos alcanzaba la edad de diez y ocho años; en la hipótesis opuesta, cuando todos morían antes de esa edad, el testamento recibía su plena ejecución, absolutamente lo mismo que si el padre de familia hubiese muerto sin hijos (5).

Apenas puede señalarse más que una diferencia de detalle entre los dos procedimientos: la institución formal de los hijos

---

(1) D. 28, 6, *de vulg. et pup. subs.*, 33.

(2) Véase Girard, *Manuel* (2), pág. 809 811.—Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2.°, pág. 810.

(3) Girard, *Manuel*, pág. 810.

(4) *Contre Stephanos*, 2.°, 24.

(5) E. Caillemer, *Le droit de tester à Athènes*, págs. 31-32.—Dareste, Haussoullière y Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, 2.ª serie, primer fascículo, págs. 65 y 71.—Schulin, loc. cit., pág. 15.

como preliminar de la disposición á favor de tercero, que, descuidada en Atenas, era practicada por los romanos de la época clásica; pero, indudablemente, este elemento accesorio no fué introducido sino tardíamente en la teoría romana, como una corrección referente al desenvolvimiento del uso de las desheredaciones (1). En todo caso, esto no es más que una circunstancia secundaria.

Hay una manifiesta semejanza—yo diría mejor una identidad—de mecanismo técnico y de función económica entre la operación en el antiguo derecho romano y la del derecho ateniense. No es dudoso que la segunda ha tenido por objeto templar el principio—cuyos alcances y consecuencias han levantado discusiones y han variado, sin duda, según los tiempos; pero cuya existencia misma es indiscutible—que quitaba al padre de familia la facultad de destruir ó paralizar la vocación hereditaria de los hijos.

La sustitución pupilar romana ha debido tener la misma razón de ser originariamente.

Se presenta desde luego como contrapuesta naturalmente á la regla *posthumi agnatione testamentum rumpitur*. Lo mismo que la supervinencia de un *sui heredes* destruía las disposiciones formuladas por un ciudadano romano *in calatis comitiis* al tiempo en el que no le quedaba ningún hijo *in potentia*, la precedente desaparición de los *sui heredes*, y su muerte *ante pubertatem*, ó sea antes de la época en la que ellos pudieran verdaderamente hacer por sí mismos actos de posesión sobre la herencia (2),

(1) Argumento de Gaius, 2.°, 182, y sobre todo de su texto, generalmente invocado, sin razón á mi entender, en sentido opuesto: D. 28, 6, *de vulg. et pup. subs.*, 33, que atribuye á Aquillius Gallus la propagación de las cláusulas de institución condicional de los *sui heredes* para el caso en el que ellos lleguen á la mayoría: cláusulas que precedían á la fórmula de la sustitución pupilar.

(2) Esta misma idea de la ineptitud del menor para poseer personalmente y para hacer valer sus derechos, se encuentra como base de la teoría germánica de la tutela, del arrendamiento feudal, y también, sin duda, de la tutela primitiva romana.

destruía el obstáculo que impedía la eficacia de la institución comicial.

Estas dos teorías del derecho clásico, ruptura del testamento por supervinencia de *sui heredes*, y sustitución pupilar, no son visiblemente más que dos consecuencias del derecho ineludible de sucesión, conferido en otro tiempo á los *sui heredes*; consecuencias que han sobrevivido á su causa primitiva, transformándose desde luego, por haber recibido nuevas utilizaciones.

Finalmente, Schirmer invoca además el carácter primitivo de la desheredación, disposición de carácter penal que Pacclo une al derecho de vida y muerte (1), en oposición con el espíritu mismo de la copropiedad familiar, tendiendo á destruir los efectos, en los que, por consiguiente, la aparición debe llevarse á la fase de decadencia de la comunidad de familia, de la que Cicerón (2) parece atestiguar un origen relativamente reciente.

Cicerón recuerda un pleito que él vió juzgar una vez sobre el falso hecho de la muerte de su hijo; un padre había instituído heredero á un extraño. El hijo ataca el testamento en el que él no había sido ni instituído ni desheredado *nominatim*. Según Cicerón, en esta causa los abogados no pueden hacer valer más que motivos de razón ó de equidad, y es en vano que ellos hayan buscado argumentos en el derecho civil y en el texto de la ley de las XII Tablas. Manifiestamente el orador latino parte de la idea de que la ley de las XII Tablas es extraña á estos problemas de desheredación. Inútilmente Hœlder (3) se esfuerza en reducir los alcances de este testimonio, insistiendo sobre la mención de la palabra *nominatim* en la última línea del cap. XXXVIII. La ley de las XII Tablas continúa, según Cicerón, callaba, no sobre la necesidad de la deshe-

(1) D. 28, 2, *de lib. et pos.*, 11.

(2) *De oratore*, 1.°, 38 y 57.

(3) *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes*, págs. 106 y sigs.

redación en general, sino solamente sobre la cuestión de saber si debe ser hècha *nominatim* ó *inter ceteros*. Solamente este punto es el que parecería todavía quedar indeciso en la práctica del tiempo de Cicerón.

Pero la explicación de Hœlder es inconciliable con el contenido del cap. LVII, en el que el orador latino afirma que ni el uno ni el otro de los abogados, lo mismo el defensor del heredero instituído, que el representante del hijo omitido, no pueden invocar en apoyo de su tesis las disposiciones del derecho civil; afirmación que sería incomprensible en aquello que concierne al abogado del instituído, si la ley de las XII Tablas hubiera ya consagrado el principio de la legitimidad de la desheredación.

Los escritores que aceptan la interpretación dada por Hœlder á los capítulos *de oratore*, están, por lo menos, obligados á confesar que al fin de la república algunos de los rasgos esenciales de la teoría de la desheredación—y principalmente la determinación de los casos en los que en conjunto y los que se requería fuera *nominatim*—no estaban todavía fijados en la doctrina (1), lo que es inconciliable con la atribución á esta institución, de una antigüedad ilimitada.

Con ayuda de diversos datos, Schirmer cree poder reconstituir el sentido primitivo de la regla *uti legassit*. Se refiere principalmente á la versión seguida por Gaius (2), Pomponius (3) y las Institutas (4), *uti legassit suæ rei, ita jus esto*. Las XII Tablas, dice, no habrían concedido al *de cujus* la libertad de disposición y la dispensa de la intervención de los Pontífices y de la Asamblea, sino con relación á la *res suæ*, es decir, á su fortuna personal, pero no en lo que concierne á los bienes de la comunidad doméstica administrada por él. No concedían, por

(1) Girard, *Manuel* (2), pág. 830, nota 2,

(2) Segundo, 224.

(3) Primero, 50, 16, *de verb. sign.*, 120.

(4) Segundo, 22, pr.

consecuencia, la autorización para formular libremente instituciones de heredero más que al ciudadano que, no teniendo más que parientes establecidos aparte, moradores de distintos hogares, disfrutaban sobre el patrimonio del que á su muerte habia de separarse una propiedad absoluta—ó limitada solamente por la copropiedad de las manifestaciones muy atenuadas de los agnados ó de los *gentilices*;—pero nunca á aquel que regía una fortuna poseída en común con los *sui heredes*.

Esta distinción cuadra muy bien con la disposición de las XII Tablas (1), que formula el principio de la sucesión *abintestato: Si intestato moritur, cui suus heredes nec escit, agnatus proximus familiam habeto*. La solidaridad de la suceión legítima y la posibilidad de excluirla por testamento no son indicadas, sino para el caso de ausencia de los *sui heredes* (2): solamente, en vista de esta hipótesis, son previstos los efectos de la muerte intestada. Esto se explica muy bien, si se admite que la institución *in calatis comitiis* no era posible en el antiguo derecho romano, mientras existiesen *sui heredes*, como el *thinx* de la costumbre lombarda en presencia de hijos (3), ó la afatomía en la ripuaria ante los descendientes (4).

Así comprendida la disposición de la ley de las XII Tablas (5), define, con tanta exactitud como concisión, un sistema de agrupación de los herederos en tres clases:

1.° Herederos necesarios que el *de cujus* no puede en principio excluir.

2.° Herederos testamentarios (ó contractuales) cuya vocación está subordinada á la carencia de sucesores de la primera categoría.

---

(1) Quinto, 4.

(2) Véase para el análisis de algunos textos que parecen diferenciar muy profundamente en su naturaleza el derecho de los *sui heredes* y el de los agnados, á Cuq, *Institutions*, págs. 290 y sigs.

(3) Roth, 170-171.

(4) *Lex Ribuaria*.

(5) Quinto, 4.

3.° Herederos legales ó abintestato que no son llamados sino bajo una doble condición: ausencia de institución testamentaria (ó contractual) y falta de herederos necesarios; *si intestato moritur cui suus heres nec escit*—sistema en el que la historia comparada nos hace conocer numerosas aplicaciones.

Así es—atendiendo á dos ejemplos que me parecen característicos—cómo se encuentra este modo de clasificar en la antigüedad en Atenas (1), y en nuestros días en los sistemas jurídicos antiguos de algunos cantones suizos, sobre todo de Berna (2) (antiguo cantón). ¿Podrá creerse leer en una paráfrasis ó comentario del breve adagio de las XII Tablas—abstracción hecha de las dificultades que pudo levantar la intervención de la regla, *nemo partim testatus*, ó la opción á escoger entre el concepto de testamento y el de la institución contractual,—recorriendo el literal del art. 618 del Código civil de Berna? Le traduzco casi literalmente: «Cuando el *de cujus* no ha dejado herederos necesarios, ni dispuesto válidamente por testamento de la universalidad de su sucesión, ó cuando su disposición para un caso cualquiera no recibe ejecución, tiene lugar la devolución legal (*gesetzliche Erbfolge*) de la universalidad de su sucesión ó de la parte de esta universalidad de la que él no ha dispuesto, ó que no ha recibido ejecución la disposición dada.»

Solamente una evolución jurídica, bien posterior á las XII Tablas, es la que, destruyendo ó enervando la copropiedad familiar, ha desenvuelto el uso de la desheredación, transportado así el empleo del antiguo modo de disposición *in universum jus*,

---

(1) Bunsem, *De jure hereditario Atheniensium*, 1821, pág. 74.—Schulin, *Griechische Testament*, págs. 15-17.—E. Caillemer, *Le droit de tester à Athènes*, páginas 27-37.—Mitteis, *Reichsrecht und Volkrecht*, págs 332-339.—Van Hille, *De testamentis jure attico*, págs. 18 28.—Beauchet, loc. cit., 3.°, págs. 674 682.—Véase para la India moderna: Sumner-Maine, *L'ancien droit*, pág. 187.

(2) Kœnig, *Bernische Civil und Civilprozessgesetze*, 3.°, 1883-84, pág. 218.—Schlatter, *Neuer Rechtskalender der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1895, página 53.—Lardy, *Législations civiles des cantons suisses*, pág. 75.

accesible á aquellos ciudadanos mismos que tenían *sui heredes*. La legislación de las XII Tablas, desde luego ha sembrado por sí misma el germen remoto de esta transformación, en su disposición sobre la emancipación (1): *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, que, según Schirmer, había tenido por objeto descartar el derecho de oposición de los *sui heredes*; en *Beispruchsrecht*, al igual de los inmediatos ordenamientos entre vivos, así como permitir para lo futuro la formación del primer instrumento que la práctica utilizara para volver la prohibición primitiva de la exclusión de los *sui heredes* (2).

Es necesario, sin duda, renunciar á la esperanza de separar jamás, con plena certidumbre, de la tradición romana, cuya inverosimilitud es tan palpable, y cuyo medio ingenuo y derecho es la leyenda, las verdades históricas que ha ocultado y disfrazado. Sucede lo mismo en la institución *in calatis comitiis* romana, que en su próximo pariente la afatomía de la ley Sálica: sólo el ceremonial nos ha sido conservado. La historia no nos dice nada directamente sobre el círculo de aplicación de estos actos, ni sobre los casos en los que su empleo haya sido autorizado; pero así como el título XLVI de la ley Sálica se aclara por su aproximación, sea al derecho lombardo y sobre todo al ripuario, sea á las fórmulas escritas algunos siglos más tarde para uso de hombres de raza sálica, del mismo modo la oscuridad que envuelve la antigua institución llamada testamento comicial, puede, si no ser completamente disipada, volverse menos espesa, por el estudio de ciertas teorías del derecho clásico, y sobre todo de las instituciones similares de otras civilizaciones.

Esta claridad proyectada exteriormente es ya suficiente

---

(1) Sexto, 1.

(2) Para el análisis de las objeciones, generalmente muy frágiles, que han sido dirigidas á la tesis de Schirmer, Hælder, *Das Familienrecht des suus heres*. *Savigny Stiftung*. *Rom. Abth.*, 3.°, 1882, págs. 211-219.

para permitirnos afirmar, sin ninguna temeridad, que en aquello que concierne al problema de los alcances primitivos de la regla *uti legassit*, las opiniones disidentes se aproximan ciertamente mucho más cerca de la realidad que la opinión que á la hora presente domina en la ciencia del derecho romano. Yo agrego que, si se aplicasen al derecho romano los medios actualmente usados en las otras ramas del derecho para la reconstitución de la prehistoria, principalmente el método comparativo y el método de supervinencias, combinados, ó solamente este último, la teoría de Schirmer nos aparecería, no como la expresión fiel de la verdad histórica—pues en ausencia de fuentes históricas propiamente dichas, debemos renunciar á conseguir la certidumbre—, pero sí como la más verosímil de las hipótesis.

VII

Efectos de la *adopcio in hereditatem* ó disposición *in calatis comitiis*.— Institución *in procinctu*.

Si la mayor parte de los rasgos de la fisonomía de la institución *calatis comitiis* no pueden ser reconstituídos más que por conjeturas, hay una excepción, que resalta claramente y en cuyo análisis entro ahora sobre el terreno sólido de la historia.

La regla *uti legassit* incontestablemente no ha sido destinada nunca en su origen á consagrar el concepto clásico de la disposición por causa de muerte. La reforma atribuída á las XII Tablas ha consistido únicamente, según los romanistas más autorizados (1), en suprimir la aprobación de los pontífices y el voto efectivo del pueblo, pero dejó subsistir todos los demás elementos del procedimiento antiguo. Del mismo modo que la evolución similar de la costumbre franca ó de la costumbre lombarda, que sustituyó desde luego, en materia de *affatomie* y de *thinx*, la jurisdicción contenciosa de la asamblea, con una jurisdicción graciosa, y que, finalmente, hasta eliminó la necesidad de la intervención de esta asamblea, el movimiento de la práctica romana, cuyo recuerdo está perpetuado en el adagio *uti legassit*, ha tenido por efecto transformar la operación jurídica que hasta entonces había establecido inmediatamente una vocación necesaria cerrada, en un simple testamento.

---

(1) Girard, *Manuel* (2), pág. 782; Pernice, *Festgabe für Gneist*, pág. 129.

Las formas del pretendido testamento comicial vienen á quedar en las de un acto entre vivos. La exigencia de una declaración solemne ante los comicios no deja de ser inconciliable con la concepción de una voluntad variable hasta la muerte, manteniéndose en el estado de simple proyecto. La reforma ha podido facilitar al disponente la desheredación del instituído. El acto destinado á extender la vocación de agraciado—si existía—ha podido beneficiar, en virtud de la simetría habitual, entre modos de establecimiento y de modos de extinción del derecho, la simplificación en el ceremonial del acto destinado á crear esta vocación; pero el procedimiento mismo de la institución *in comitiis* era incompatible con la ausencia de efectos inmediatos, y no podía dejar de engendrar un derecho actual de sucesión.

La obligación impuesta al disponente de presentarse en una de las reuniones anuales de la asamblea popular para en ella declarar su voluntad, producía inevitablemente, pero con la mayor brutalidad y energía, los resultados que se ha procurado obtener de otros medios ya más avanzados, subordinando la validez de las disposiciones de última voluntad á la condición, bien de que hayan sido tomadas antes de la última enfermedad, ó en cierto tiempo antes del fallecimiento, por ejemplo, en un plazo de cuarenta días, bien que su autor estuviera, al momento en el que se formulan, en estado de salir de su habitación sin bastón y sin apoyo, y de volver á la puerta de su casa, ó de cumplir otras formalidades, atestiguando que no estaba postrado en el lecho de muerte.

Estas reglas se encuentran en un gran número de costumbres de la Edad Media (1), en el derecho talmúdico (2), entre

(1) Se ha señalado, sobre todo, su existencia en Suiza, Alemania y Austria; véase la rica bibliografía citada por Stobbe, *Handbuch*, 5.°, § 301-3, páginas 204 y sigs., y en aquello que concierne á Inglaterra respecto á las disposiciones sobre *real property*, Pollock and Maitland, *History of english law*, 2.°, pág. 327.

(2) *Baba Bathra*, p. 153 (a).—Bloch, *Das mosaisch talmudische Erbrecht*, pá-

las diversas colonizaciones ya extinguidas hoy día (1), y que han conservado hasta hoy importantísimas supervivencias en el derecho musulmán (2), en las diversas legislaciones suizas, y aun en una de las más acabadas entre ellas, el código civil de Zurich, art. 982. Estas reglas parecen haber sido—esto es difícilmente contestable en las costumbres medioevales— la atenuación de un principio más riguroso, que se encuentra buscando los orígenes de la teoría moderna del testamento judicial, principio que obligaba al *de cujus* á someter sus disposiciones de última voluntad á un tribunal, que las aprobaba ó las rechazaba, después de haber invitado á los herederos de sangre á presentar sus objeciones (3).

La historia del derecho suizo, sobre todo, pone en relieve la línea de filiación que existe entre la práctica primitiva de la autorización judicial ó legislativa de las disposiciones hereditarias, y la proscripción de las liberalidades en el lecho de muerte.

La segunda de estas medidas ha tenido por objeto hacer sobrevivir á la desaparición de la primera uno de sus efectos naturales: mantener, después de la supresión de la intervención, primero efectiva y después nominal, de la autoridad pública, la línea de demarcación infranqueable que esta inter-

---

ginas 49-57, y sobre todo, pág. 56.—Gans, loc. cit., 1.°, p. 172.—Rapaport, *Zeits. für verg. R. W.*, págs. 120-124.

(1) Post, *Grundriss*, 2.°, p. 202.—Hanoteaux et Letourneau, *La kabylie et les coutumes kabyles*, 2.°, págs. 316 y 328.

(2) Sachau, *Muhommedanisches Recht nach schafiitischer Lehre*, págs. 228 y siguientes.—*Mahammedanisches Erbrecht nach der Lehre des ibaditischen Araber*, págs. 49-52 de la tirada aparte.—Koheler, *Zeitscherift für verg. R. W.*, 12, páginas 69-71.—Zeys, *Droit musulman algérien*, 2.°, p. 188.—Adda et Ghaliongni, *Le wakf on immobilisation*, 2.ª parte, p. 9.—Querry, *Droit musulman*, 1.°, páginas 635-638.—*Minhâdj at Talibin* (Van den Berg), 2.°, p. 266.

(3) Huber, *System und Geschichte*, 4.°, § 144, págs. 609-614.—Stobbe, loc. cit. Von Wyss, *Die letzwilligen Verfügungen nach schweizerischen Rechten*, en *Zeitsch riftür schweizeriches Recht*, antigua serie, 19, págs. 68 y sigs.

vención había hasta entonces establecido entre los modos de creación entre vivos del derecho de sucesión, únicos permitidos, y el testamento propiamente dicho, acto condenado á una completa ineficacia.

La razón de ser y el funcionamiento de la institución *in calatis comitiis* romana no podrían ser aclaradas mejor si no es por la comparación de las costumbres suizas que han subsistido por tanto tiempo, de las que algunas, las costumbres de Unterwalden (1), por ejemplo, continúa todavía consagrando el testamento judicial en el sentido primitivo de la palabra, es decir, de la aprobación de las disposiciones de última voluntad por la autoridad pública, después de la consulta previa de los interesados (2).

Desde cualquier punto de vista que uno se coloque, lo mismo cuando uno se encastilla en el análisis del ceremonial descrito por los juristas clásicos, que cuando se buscan las luces de la historia comparada, la misma conclusión se impone: la institución *in calatis comitiis* no queda, como el testamento clásico, en estado de proyecto hasta la muerte del testador, sino que contiene una disposición inmediata de la herencia; investía al instituído de una especie de copropiedad sobre el patrimonio del instituyente, que, por el mismo título del *condominium* del heredero de sangre, excluía la necesidad de una adición de herencia para la adquisición de la sucesión.

Ha sido esto, ciertamente, lo mismo que el testamento *in procinctu* simple continuación del testamento comicial, pretendiente del mismo fin económico y, por consiguiente, perteneciente siempre á la misma categoría general que el acto que le sirve de modelo, una clase de *adoptiones in hereditatem*.

(1) Lardy, págs. 268 y 275.—Schlatter, p. 166.

(2) Véase, sin embargo, el curioso parecido ofrecido por el antiguo derecho armenio: Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 7.º, p. 421.

VIII

La *mancipatio familiæ*.—Razón de ser de su aparición.—Progresos respecto á su revocabilidad.

Bastante después del tiempo de las XII Tablas, cualquiera que sea la fecha que se les asigne, el derecho romano entra en la fase habitual de la evolución del régimen sucesorio, que yo llamaría *brevitatis causa*, fase de sucesión contractual que se caracteriza por la naturaleza uniforme de operaciones entre vivos que revisten todos los procedimientos empleados para corregir el orden ó los efectos de la sucesión legítima.

Una nueva prueba nos será suministrada, si fuere necesaria, por el cuadro del orden de aparición histórica de las pretendidas variedades del testamento que traza Gaius. En tercer lugar, en él figura, inmediatamente después del testamento *comitial* y del *in procinctu*, la *mancipatio familiæ*. La novedad relativa que Gaius atribuye á este tipo de disposición con relación á los dos precedentes, es de las más verosímiles. El ceremonial que nos ha sido conservado pone, en efecto, en obra, no sin desnaturalizarla, una de las reglas contenidas, según la tradición, en las XII Tablas: el texto relativo á la mancipación, el mismo que, según la opinión dominante (1) hace desaparecer la necesidad del acto de pesar ó consagra oficialmente esta desaparición, que, según Schirmer, extingue el *Beispruchsrecht* de herederos, al igual que las enajenaciones ordinarias entre vivos.

La *mancipatio familiæ*, al menos bajo la forma en que nosotros la conocemos, es de origen más reciente que el conjunto

---

(1) Girard, *Manuel* (2), p. 280.

de instituciones reglamentadas en las XII Tablas, y, por tanto, este nuevo modo de disposición en vista de la muerte, está todavía organizado sobre el tipo del contrato sucesorio.

La descripción que de ella da Gaius (1) es suficientemente clara: *Accessit deinde tertium genus testamenti quod per æs et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte arguebatur, amico familian suam, id est patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentur dicitur per æs et libram scilicet quia per mancipationem peragitur... Nanque olim familiæ emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet...* (2). El individuo que deseara disponer de sus bienes para el día de su muerte y que por una ú otra causa—Gaius nos indica una, la imposibilidad de esperar la reunión de los comicios—, no puede ó no quiere recurrir á la institución *in comitiis* ó *in procinctu*, enajena inmediatamente en vida, por una *mancipatio*, su patrimonio á beneficio de un hombre de su confianza, que, hecho esto, le dejara disfrutar su fortuna durante su vida, pero que no por esto viene á ser menos propietario. El disponente indica á su compañero sus últimas voluntades y le encarga su ejecución.

El *emptor familiæ* volverá á transferir, después de la muerte del autor de la *mancipatio*, los bienes que le han sido confiados á las personas que el *de cujus* había en realidad querido investir.

El empleo de este intermediario permitía conciliar de una parte el deseo del disponente de retardar hasta su muerte la devolución de sus bienes á los sucesores escogidos por él, y de otra el respeto al principio tradicional de que una declaración de voluntad no es suficiente para operar la transmisión de la propiedad de una persona á otra, sino que es necesario recu-

(1) Segundo, 102 y 103.

(2) Véase Ulpiano, 20, 2, 3, 13.

rrir á uno de los actos especialmente destinados á este uso. Estaba ciertamente convenido entre las partes, antes del cumplimiento de las formalidades de la *mancipatio*, que los derechos que de ella nacieran no serían nunca invocados por el comprador mientras viviera el vendedor. La *mancipatio familiæ* no tenía otra razón de sér que conferir al *emptor* la aptitud para cumplir, después de la muerte del disponente, las enajenaciones y tradiciones serias y definitivas que este último no estaba resignado á hacer en vida, y que, por tanto, eran indispensables para hacer pasar á los verdaderos destinatarios la propiedad de los bienes objeto de la liberalidad.

La *mancipatio familiæ* no copiaba, sino muy imperfectamente, los efectos de la disposición *in comitiis*, ni contenía la institución de heredero propiamente dicha, ni tal vez tampoco se refiriese, como en otro tiempo la *devise* inglesa, más que al patrimonio del *de cujus* en el estado en el que se encontrase en el momento en el que la disposición había sido formulada, sin extenderse á los bienes adquiridos posteriormente (1); pero en cambio presentaba desde otros puntos de vista muy verdaderas superioridades sobre ésta.

En todo caso, el desenvolvimiento de la *mancipatio familiæ* ha llevado consigo una dulcificación notable en la energía primitiva de la irrevocabilidad de los contratos necesarios. Yo sé bien que me opongo aquí á la opinión casi unánime de los romanistas, que afirman, por el contrario, que las disposiciones realizadas por medio de la *mancipatio familiæ* escapan de un modo más completo á los riesgos de los cambios de voluntad de su autor, que aquellos que estaban formulados *in calatis comitiis*; pero esta afirmación no resiste nunca al análisis.

---

(1) Para el análisis de la estructura jurídica de esta teoria: Cuq, *Nouvelle revue historique*, 10, 1896, págs. 533 586.—Hœlder, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes*, págs. 49 71.—Salkwki, *Zu Gaius*, 2.°, § 104, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung. Rom. Abth.*, 1882, 3.°, págs. 197-211.—Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, 1.°, págs. 74-83 y 823 y sigs.—Carle, *Le origine del diritto romano*, páginas 508-513.—Miurhead, *Droit privé* (Boucart), págs. 215-222.

En tanto que la autorización legislativa no era dada sino después de intervención y discusión, la voluntad aislada del disponente permanecía impotente para borrar los derechos establecidos por el voto de los comicios. La innovación expresada por la regla *uti legassit*, dando á la misma la interpretación más extensiva—interpretación posible, pero no absolutamente cierta—, cuando más fijaba dos días por año, en los cuales era permitido á los ciudadanos suprimir las medidas que hubieren anteriormente tomado respecto á su herencia. Será en vano que el instituyente se arrepienta si él llega á morir antes de la próxima celebración de los *comitia calata*, ó si en este momento él no estuviera en estado de levantarse y asistir á la asamblea.

Por el recurso de la *mancipatio familiœ* el disponente ha podido reservarse una facultad de arrepentirse, mucho más grande. Lo que una *mancipatio* hubiere hecho, otra *mancipatio* podía deshacerlo. Pues el *familiœ emptor* no figuraba en el número de los verdaderos beneficiados por el acto, siendo sólo un intermediario, no tenía ningún interés en rehusarse á la nueva transmisión que le era pedida, y habría cometido una falta de delicadeza y una violación de la buena fe no prestándose al nuevo papel que le incumbía en la segunda *mancipatio*. Los cambios de voluntad venían á ser posibles en toda época, y no estaban rodeados de una publicidad tan peligrosa como la que resultaba de las declaraciones de la asamblea pública.

IX

La *mancipatio familiæ* es una variedad de la ejecución testamentaria.—Fases habituales de esta ejecución.—Tipo primitivo y tipo derivado de ejecutores de últimas voluntades.

Estamos todavía lejos, seguramente, de la revocabilidad *ad nutum* del acta clásica por causa de muerte; pero la comparación con el régimen anterior debe hacer ver como muy preciosa esta revocabilidad imperfecta y artificial, establecida por la *mancipatio familiæ*. Desde este punto de vista, la *mancipatio familiæ* ha proporcionado la transición de las adopciones como heredero y del contrato sucesorio ordinario (*Erbvetrag*) al testamento propiamente dicho. Tal ha sido desde luego en todas partes el papel jugado por las operaciones jurídicas pertenecientes á la misma familia.

No es necesario creer, en efecto, que la *mancipatio familiæ* sea una creación enteramente original del espíritu romano. Se encuentra su equivalente en casi todas las civilizaciones, cuya historia nos es suficientemente conocida. Se la ha frecuentemente deducido de la afatomía sálica (1). El título XLVI exige conjuntamente, para la validez de las disposiciones de herencia, la autorización por la asamblea judicial, como en la institución *calatis comitiis* y el empleo de un intermediario de transmisión, como en la *mancipatio familiæ*. M. Viollet (2) ha emitido incidentalmente la idea, pero á título de simple conjetu-

---

(1) Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 406.—Beseler, *Erbverträge*, 2.°, páginas 48-101.—Salvioli, *Storia del diritto italiano* (3., p. 366.—Pertile, *Storia del diritto italiano* (2), 4.°, p. 31.—Auffroy, *Evolution du testament en France*, París, 1899, p. 156.

(2) *Histoire du droit civil français*, p. 890, nota 2.

ra, de que el ceremonial del testamento *comitial* implicaba ya, al mismo tiempo que una intervención del pueblo, una enajenación inmediata en beneficio de un hombre de confianza encargado de la ejecución de voluntades del disponente. Existirá entonces, mas que un simple parentesco, una casi identidad entre las formas de la institución *calatis comitiis* y las de la afatomía. Se podrá ser tentado de buscar una prueba en favor de esta hipótesis en una observación frecuentemente señalada (1): la presencia en el formulario (2) del testamento *per aes et libran*, de una frase visiblemente tomada del procedimiento del testamento *comitial: ita do ita lego ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote*, y de aquí se concluye que la *mancipatio familiæ* no ha sido más que una simplificación del ceremonial anterior de la disposición *calatis comitiis*. Pero el argumento conducirá á error. La frase en cuestión no pertenece, ciertamente, al cuestinario primitivo de la *mancipatio familiæ*, sino que figura entre las adiciones que han venido á introducirse posteriormente sobre la venta ficticia de la herencia. Las agregaciones innegables hechas al formulario de la institución *calatis comitiis* datan solamente de la época en la que la *mancipatio familiæ* había perdido su naturaleza originaria y se transformaba en un testamento.

Estas dos operaciones, disposición *in comitiis* y *mancipatio familiæ*, son, por lo tanto, muy distintas. La segunda no es más que un derivado de la primera. Cabe aquí preguntar: ¿cuál de éstas ha ocupado en la evolución del derecho romano el papel correspondiente al jugado en las costumbres germánicas por la afatomía y el *thinx*? ¿Es, como se afirma de ordinario, la *mancipatio familiæ*? Yo no puedo vacilar un minuto en responder negativamente. Sin duda, hay entre la afatomía de la ley sálica y la *mancipatio familiæ* una analogía que llama inmediatamente la atención del observador, y que consiste en

(1) Girard, *Manuel*, p. 787. —Cuq, *Institutions juridiques*, p. 295, nota 1.ª
(2) *Gaius*, 2.°, 104.

el empleo común de un intermediario de transmisión. Pero mientras que el concurso de un intermediario es el rasgo esencial de la *mancipatio familiæ*, no constituye en la afatomía más que un elemento accesorio, que la simplificación progresiva de las formas de este acto ha vuelto bien pronto inútil, y que había ya desaparecido en la ley ripuaria, en las capitulares adicionales á la ley sálica y en los formularios francos.

Se descubren cómodamente diferencias profundas de fondo ente la *affatomie* y el *thinx* de una parte, y la *mancipatio familiæ* de otra.

Como el pretendido testamento *comitial*, y á diferencia de la *mancipatio familiæ*, que no contenían institución, la afatomía tenía por objeto dar á su autor herederos de su elección. El argumento en ayuda del cual se ha intentado (1), invalidar el testimonio tan claro de la ley sálica y del capítulo VIII de la capitular 803 adicional á la ley ripuaria—argumento sacado de la imprecisión y de la ausencia de carácter técnico de la palabra *heres* en el lenguaje de las leyes bárbaras—, encuentra su refutación decisiva en la ley ripuaria XLVIII, y en el edicto de Rotharis, 174. Este último texto, relativo á los *thinx*. Pero el ceremonial del *thinx* ha llevado largo tiempo también consigo el empleo de un intermediario, *geisel*. Otra diferencia más íntima todavía. El *emptor familiæ* no debía poner en posesión del destinatario los bienes objeto de la *mancipatio* hasta después de la muerte del *de cujus*. Al contrario, el límite máximo de doce meses que el título XLVI de la ley sálica asigna al intermediario para verificar la traslación de los bienes objeto de la *mancipatio* á los verdaderos beneficiados, corría desde el día de la tradición en el *mall* hecho á este intermediario. Heusler (2) y Schupfer (3) han sostenido, es verdad, que este término empieza á correr solamente desde la muerte

(1) Auffroy, *Evolution du testament*, p. 206.
(2) *Institutionen*, 1.°, p. 215.
(3) *Thins e affatomia*, p. 34 de la tirada aparte.

del disponente. Pero su conjetura está desmentida por los textos, y descansa sobre un desconocimiento del verdadero papel del modo de disposición germánica, tal como aparece en los formularios francos, y en lo que concierne á los *thinx* los capítulos 172 y 174 del edicto de Rotharis.

Las formalidades de la *affatomie* se terminan, no diré sólo á menudo, sino habitualmente en vida del instituyente, y confieren, á partir de este momento, á los agraciados, como la institución *calatis comitiis*, un derecho cerrado y definitivo de sucesión.

La afatomía excluía, pues, toda posibilidad de retención por el autor del acta hasta su muerte de esta especie de facultad de arrepentirse, que ha sido una de las principales ventajas de la *mancipatio familiæ*.

El observador que en lugar de detenerse en similitudes de forma ó en semejanzas accidentales, no tiene en cuenta más que la comunidad ó la analogía de estructura jurídica, y, sobre todo, de función económica, advierte bien pronto de que el acto llamado testamento comitial es el que constituye el equivalente romano de la *affatamie* y del *thinx*, y que la *mancipatio familiæ* se refiere á un tipo superior, que no aparece sino en una fase más avanzada de la evolución del régimen sucesorio.

Encontramos en la historia de nuestro derecho un representante de la familia de instituciones, á la que pertenece la *mancipatio familiæ*. Este representante no es la afatomía, es la *Treuhand* germánica, ó sea la ejecución testamentaria de los comienzos de la Edad Media cristiana (1).

Pongámonos de acuerdo primeramente sobre el sentido de las palabras.

La pobreza de nuestra terminología jurídica me obliga á emplear una expresión algún tanto errónea, pero cuyo uso está consagrado por la costumbre. La ejecución testamentaria es

---

(1) Sohm, *Institutionen*, § 99, 1.°—Cuq, *Institutions juridiques*, págs. 298 y 520.

hoy día una de las ruedas que forman parte del mecanismo del testamento. De aquí su nombre actual. Pero esto no ha sucedido siempre así. Ha sido largo tiempo independiente del testamento, y es mucho más antigua que él. Antes de llegar á ser uno de sus elementos ó una de sus cláusulas, fué uno de sus precedentes, y tal vez el precedente más directo. La razón de ser primitiva ha sido templar los inconvenientes de una costumbre que no reconocía todavía la legitimidad del testamento, y conseguir, por caminos apartados, resultados análogos á los que produce abiertamente el acta por causa de muerte.

El antecesor del ejecutor testamentario moderno ha prestado á su comitente, sea en el derecho hebraico (1), sea durante la Edad Media cristiana, antes del renacimiento del derecho romano, exactamente los mismos servicios que el *emptor familiæ*.

Sólo por su origen se explican algunas de las particularidades que presentan, bien en la teoría definitiva del derecho canónico, bien en el derecho musulmán, la ejecución testamentaria sobreviviente á la penetración del acta de última voluntad, transformada en una pieza del organismo testamentario.

Entre el mecanismo de la *mancipatio familiæ* y el de la ejecución testamentaria primitiva no se pueden encontrar más que diferencias de detalle, que se deben todas á la diversidad de concepciones romana y germana sobre la naturaleza del derecho de propiedad, ó á las divergencias de estas legislaciones sobre la determinación de las ceremonias dotadas de la virtud de operar la transferencia de derechos. En una y otra las disposiciones de herencia se realizan por el conducto de un intermediario investido inmediatamente entre vivos de la propiedad ó de la posesión, en Roma por la *mancipatio*, en las costumbres de la Edad Media, y entre los hebreos por una tradi-

---

(1) *Baba Bathra*, 152. — *Gittin*, 146. — Block, *Mosaisch-talmudische Erbrecht*, págs. 55 y 50.—Rapaport, *Zeits. für verg. R. W.*, 14, págs. 115 122.

ción (1), y que debía proceder, aunque solamente después de la muerte del disponente, á la retraslación á los destinatarios efectivos de los objetos puestos en su poder. Una y otra permitían al donante volver sobre sus liberalidades ó modificarlas sin el consentimiento de los verdaderos beneficiados, perocon el concurso y colaboración del intermediario de transmisión (2).

La *mancipatio familiæ* y la ejecución testamentaria de nuestras costumbres precanónicas ó del derecho hebraico, no son, pues, en realidad cosas distintas. Son manifestaciones diversas de un único concepto jurídico, que se practica hoy todavía en otras civilizaciones.

Desde entonces la historia comparada ofrece un precioso medio para remediar parcialmente la insuficiencia y la oscuridad de fuentes directas sobre la *mancipatio familiæ* y para penetrar en la naturaleza íntima y económica de este acto. Este instrumento debe siempre ser manejado con prudencia y

(1) Este carácter de la ejecución testamentaria del más antiguo derecho ha sido el objeto de algunas contestaciones reproducidas todavía por Salvioli, *Storia*, p. 463. —Pertile, *Storia*, 4.º, p. 32.—Auffroy, loc. cit., p. 307.—Pero después de largo tiempo, ya la opinión dominante ve en el ejecutor testamentario precanónico un intermediario de transmisión, un propietario interino autorizado por la tradición. En 1895, M. Schultze (*Langobardische Treuhand*, págs. 52 144), ha presentado en este sentido una serie sólida de pruebas, pero únicamente para el derecho lombardo.

La información muy larga y muy profunda, proseguida recientísimamente por R. Caillemer (*Origines et développement de l'exécution testamentaire*, páginas 128 423) á través de las múltiples recopilaciones de documentos (cartas, formularios y colecciones de derecho consuetudinario) tomadas de Francia, Inglaterra, Suiza, Alemania, Italia y España, ha dado sobre este punto resultados absolutamente decisivos. La extraordinaria abundancia de testimonios y su claridad no permiten ya discutir seriamente la naturaleza originaria, sea de la posesión del ejecutor, manifestación de una propiedad limitada, sea de la tradición, por la cual esta posesión se ha establecido.

(2) Sobre este rasgo de la ejecución testamentaria y sobre la medida variable, según las regiones, en la que han sido admitidas y practicadas las cláusulas de revocabilidad destinadas á imponer al ejecutor la obligación cerrada de devolver al donante, cuando fuere requerido, los bienes puestos en su posesión, R. Caillemer, loc. cit., págs. 57, 268-287.

discernimiento. La comparación entre los sistemas jurídicos cuando se la emprende con el especial objeto de suplir las lagunas de nuestros conocimientos de una legislación determinada, no puede ser hecha útil y legítimamente entre todas las variedades de una misma institución, sino solamente entre aquellas que se aproximan más al mismo estado de evolución habitual de la institución en cuestión.

Es bien evidente que uno obtendrá los resultados más deplorables si para esclarecer y completar las indicaciones fragmentarias que poseamos sobre tal ó cual forma de matrimonio, no generadora del *mundium* ó *manus*, perteneciente á la organización uterina ó matriarcal de la familia, fuéramos á suplir sus faltas con datos tomados del ceremonial de un matrimonio creador del poder marital y á armonizarla con una constitución consanguínea ó la patriarcal de familia.

Sucede lo mismo con la institución de los ejecutores de últimas voluntades, que ha pasado, en las sociedades en las que podemos seguirla durante largo tiempo, por dos fases bien determinadas: la fase pretestamentaria, en la que conserva su autónomía y reviste un carácter de operación entre vivos, y la fase testamentaria, en la que se transforma en simple cláusula del acto de última voluntad.

La historia comparada nos revela la existencia de dos tipos sucesivos de ejecuciones de últimas voluntades, que se diferencian profundamente, tanto en su papel económico, cuanto en su estructura jurídica: un tipo primitivo y un tipo derivado.

La *mancipatio familiæ* perteneciente, según la descripción que de ella dan Gaius y Ulpianus, al tipo primitivo, y solamente por su comparación con otras variedades del mismo tipo, y particularmente con la *Treuhand* germánica, cuyos innumerables documentes nos permiten poseer su fisonomía viva, y no por su aproximación á las variedades del tipo primitivo, es por la que podremos llegar á comprender bien su funcionamiento.

X

Teoría de Schulin.—Su refutación.—Schulin considera erróneamente la *mancipatio familiæ* como una institución perteneciente al tipo derivado de las ejecuciones de última voluntad.

El segundo de los procedimientos descritos en el capítulo anterior ha sido el seguido por Schulin (1). Este escritor, que voluntariamente se veda toda excursión fuera del círculo limitado de las legislaciones de la antigüedad clásica, identifica el *emptor familiæ* romano con el ἐπίτροπος ó el ἐπιμελητής griego, personajes encargados de administrar temporalmente la fortuna del *de cujus* (2), de pagar las deudas (3) y de satisfacer los legados (4), y que acumulaban frecuentemente esta función con la de ser tutor de los hijos del disponente (5); pero que en la época en la que las fuentes helénicas comenzaban á ser algo abundantes, no eran establecidos nunca por actos entre vivos, sino por testamento, y que, por consiguiente, entraban de lleno incontestablemente en el segundo tipo de ejecutores de última voluntad: en el tipo derivado.

---

(1) *Griechische Testament*, págs. 54-60.

(2) Véase el testamento de Platón: prohibición de enajenar un inmueble, dirigida á los ejecutores que son al mismo tiempo tutores testamentarios (Bruns, *Zeits. der Savigny-Stiftung*, R. A., 1880, 1.º, p. 8.—Schulin, *Griechische Testament*, p. 29); testamento de Agasicrates, § 8 (Dareste, *Haussoullier Reinach*, 2.ª serie, 1.ª, p. 108.

(3) Testamentos de Theophrast (Bruns, loc. cit., p. 35) y de Strato (Bruns, p. 40; Schulin, loc. cit., p. 40).

(4) Testamentos de Aristote (Bruns, p. 11) y de Strato (Bruns, p. 36). Véase Van Hille, loc. cit., págs. 104 y 105.—Besuchet, 8.º, p. 699.

(5) Testamentos de Pasión (Schulin, p. 26,; de Aristote (Bruns, p. 19), y de Platón (Van Hille, p. 102).

Según Schulin, el *emptor familiæ* se distinguirá del επιμελητης únicamente por el formalismo, del cual su institución está rodeado, pero no por la naturaleza de su título. Aquél no será más que un «mandatario del testador, un administrador de su fortuna», y no adquirirá ningún derecho personal sobre los bienes confiados á su custodia.

El principal argumento invocado en apoyo de esta opinión paradógica está tomado de una frase de ritual, que Gaius nos presenta como perteneciente, no á la *mancipatio familiæ*, sino al testamento *per æs et libram* de su tiempo. El *emptor familiæ*, en el momento de tocar la balanza con su lingote, definía los efectos que él pretendía de la remisión de este lingote.

El pasaje en el que Gaius refiere estas palabras, está visiblemente corrompido en el manuscrito de Veronio. Se han propuesto del mismo interpretaciones diversas. Si uno se atiende á la letra del *Apographum*, de Studemund, el *emptor familiæ* declaraba simplemente recibir en su *custodela* la *familia* y la *pecunia* del testador (1). Para los resultados de esta tesis, Schulin adopta una versión divergente, propuesta largo tiempo ha por Lachmann, y seguida después por algunos autores: versión que, retocando el texto del manuscrito, supone que el *emptor familiæ* empleaba conjuntamente para caracterizar los poderes que adquiría sobre la fortuna del testador, los términos *custodela*, *mandatela* (2) y *tutela* (3). La presencia de estas últimas expresiones, *mandatela* y, sobre todo, *tutela*, en el tes-

(1) Tal es la lectura seguida en las ediciones de Krueger y de Studemund, de Girard (textos).

(2) Según el *apographum*, no afecta á la mandatela del *emptor familiæ*, sino á la *mandatela* del testador. Sólo la palabra *custodela* aprueba el poder del *emptor*.

(3) Se obtiene esta versión aislando en el pasaje manuscrito, en el que Studemund ha leído *mandatelatuam*, las seis letras *telatu*, y suponiendo que han sido escritas por error, en lugar de *tutela*. Salkowiski (*Zeits. der Savigny-Stiftung Rom. Abth.*, 3.°, 197), encuentra también en esta frase la palabra *tutela* por medio de una restitución, que lleva al texto del manuscrito correcciones todavía más profundas.

tamento *per æs et libram* suministraría la prueba de que el pretendido *emptor familiæ* no ha sido jamás un intermediario de transmisión, un adquirente de la fortuna del disponente, sino que ha sido en todo tiempo mirado como un tutor, es decir, como un simple administrador de la fortuna de otro.

Los vicios de semejantes razonamientos son demasiado visibles, y su punto de partida es bien poco sólido, porque no es incontestable que el vocablo *tutela*, y aun la misma palabra *mandatela*, con la aplicación que de ellas da Schulin, hayan figurado en la fórmula que debiera pronunciar el *emptor familiæ*.

La opinión opuesta está asimismo admitida por los editores más estimados del manuscrito de Gaius (1). La superioridad de la versión de Lachmann sobre la de Studemund se estableció de tal modo, que no será permitido sacar de ésta una conclusión en lo que concierne á la naturaleza primitiva de la *mancipatio familiæ*. No está demostrado que la fórmula en cuestión se remonte á la primera de las fases que distinguió Gaius en la historia del testamento *per æs et libram*; es aún mucho más verosímil que haya recibido su contenido actual en la segunda de estas fases, pues presenta caracteres relativamente modernos (2). En fin, fué probado que en el origen se ha calificado lícita la función del *emptor familiæ*, y que no resultaría de ningún modo que este hombre de confianza no haya tenido más atribuciones que las de un simple mandatario.

En algunas otras sociedades que ofrecen terreno más pro-

(1) Así Greif, loc. cit., págs. 120 y sigs., que toma á su servicio la idea de una semejanza de naturaleza entre las funciones del *emptor familiæ* y las del ἐπιμελητής, pero dándola una forma más fácilmente defendible, no la presenta más que como una conjetura en la que la recensión de Studemund aumenta mucho su verosimilitud.

(2) Ejemplo: la palabra *mandatela* y la frase *Tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam.*

picio para la observación del funcionamiento primitivo de la ejecución testamentaria, nos consta la existencia de relaciones estrechas entre esta institución y la tutela.

Estas semejanzas son tal vez más netas y más enérgicas que en ninguna otra parte en el derecho musulmán (1), y existen también en numerosas costumbres de los primeros tiempos de la Edad Media cristiana (2).

Pero esta afinidad entre la tutela y la ejecución testamentaria, demuestra aquí precisamente, que el ejecutor de últimas voluntades, así como el tutor ó el *baillistre*, no es un administrador de la fortuna de otro, sino un propietario temporal de los bienes puestos á su guarda, que representa al difunto después de su muerte, bien hasta el cumplimiento de sus liberalidades, ó bien hasta que los hijos menores lleguen á la mayor edad, y que les representa, no como un mandatario, sino como un heredero (3).

La tutela del más antiguo derecho romano se diferencia, indudablemente, muy poco de la tutela germánica, tal como la describen los edictos lombardos (4) ó la ley bárbara de los

---

(1) Van den Berg, *Fath-al-Qârib*, p. 441; *Minhâdj at Talibin*, 2.°, p. 260.—Hamilton Grady, *Hedaya*, págs. 697 y sigs.—Santayra y Cherbonneau, *Droit musulman*, 1.°, p. 343.—Sachau, *Muhammedanisches Recht nach schafiitischer Lehre*, p. 238.—Querry, *Droit musulman (El mokkekkik)*, 1.°, p. 680.—El ejecutor testamentario del padre es al mismo tiempo tutor de los hijos.

(2) R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, páginas 97-109 (frecuente atribución al ejecutor testamentario, por la costumbre y por el testador, de la tutela de los hijos y aun (en Alemania) de la tutela de la viuda); págs. 117-121 (empleo de expresiones comunes para designar á la vez al tutor y al ejecutor); págs. 356-369 (gran semejanza, aunque no identidad, entre los derechos del ejecutor, de una parte, y los del tutor ó *baillistre* de otra); p. 492 (igual sucesión en los créditos y en las deudas (págs. 572 y siguientes); págs. 620 y sigs. (analogías frecuentes hechas por los canonistas entre la tutela y la ejecución testamentaria).

(3) R. Caillemer, loc. cit., p. 367.

(4) *Rotharis*, 186-188, 215.—*Liutprand*, 14, 57, 133.

burgundiones (1), de nuestro *bail* feudal (2) y de las instituciones correspondientes, que el observador que compare puede estudiar en las sociedades primitivas. Parece haber llevado, desde luego, efectos muy parecidos á los producidos en la Francia medioeval por la sucesión provisoria del *baillistre* en los bienes destinados á pasar al menor de edad (3), ó en la costumbre lombarda, la absorción pasajera de la fortuna de la mujer en el patrimonio de su *mundoal* (4).

El tutor romano ha debido estar investido en su origen de un derecho propio sobre los bienes del incapaz, muy comparable á esa especie de propiedad intermediaria, restringida y

(1) *Liber constitutionum* (edición Salis), 85, § 2, 96 y 100.—Véase Stobbe, *Handbuch*, 4.°, págs. 386 y sigs.—Huber, *System und Geschichte*, 4.°, págs. 511-518.—Agricola, *Die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts*, Gotha, 1869, págs. 114 y sigs.—Martity, *Das eheliche Güterrecht des Sachsengriegels*, Leipzig, 1867, págs. 80 y sigs.—Heusler, *Institutionen*, 2.°, págs. 495-498.

(2) D'Arbois de Jubainville, *Recherches sur la minorité et ses effets dans le droit féudal. Bibl. de l'école des chartes*, 3.ª serie, 2.°, p. 415, y 3.°, págs. 136 y 533.—Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, 7.°, págs. 182 y siguientes.—Viollet, *Histoire du droit civil français*, págs. 533-554.—Salis, *Beitrag zur geschichte der väterlichen Gewalt nach altfranzösischen Recht*, en *Zeits. d. Savigny-Stiftung. Germ.*, Abth., 1887, 7.°, págs. 146-150.—Pertile, *Storia*, 3.° (2), págs. 406 y sigs.

(3) Esta naturaleza jurídica del *bail* ó arrendamiento —interposición de una propiedad intermediaria entre el menor de edad y la persona de quien éste debe recoger la sucesión á su mayoría—, se afirma con particular energía en la teoría feudal de los derechos de *mutation*. La *relief* es debido á dos actos: el pasaje de la propiedad del *de cujus* al *baillistre* ó arrendatario, y después, de éste al heredero ya mayor. Sobre otras manifestaciones de la propiedad provisoria del *baillistre*, véase Glasson, loc. cit., 7.°, págs. 186-190, y la obra citada de M. d'Arbois de Jubainville.

(4) Véanse, sobre todo, las disposiciones tan características del *Liutprand*, 57, 133, y la cuarta fórmula: *Liber papiensis*, sobre *Rotharis*, 195. Esta concepción antigua ha permanecido largo tiempo viva en su aplicación á una de las variedades del *mundium* germánico, la potencia marital (*bail* del marido, *Gewere zu rechter Virmundschaft, title by marriage, coverture,* de la mujer por el marido).

templada por la existencia, en favor de la persona sometida á la tutela de un derecho á recuperar ulteriormente la propiedad; yo diré más —empleando la terminología del derecho inglés, sólo que actualmente conserva bastante flexibilidad para traducir fielmente los conceptos originales de la costumbre germánica—, muy comparable también á ese *estate in possession*, limitado por el concurso del *estate in expectancy* (1) del pupilo, que han poseido el tutor lombardo y guardador feudal.

El haber pasado la sociedad romana por un régimen de este género se revela por una serie de indicios: analogías de naturaleza entre el derecho de tutela y el derecho hereditario —no siendo el primero más que un corolario del segundo—, que los clásicos continúan invocando bajo la fuerza de hábitos adquiridos en una época en la que ya, después de nuestro tiempo, ha cesado de ser una realidad (2); empleo por Servius Sulpicius y Cicerón (3) para designar el poder del tutor, de la misma palabra *potestas*, que viene después en la ley burgundiona para calificar el *mundium* marital (4), y en las cartas

(1) Sobre esta distinción de dos especies de propiedad: Blackstone (Chompré), págs. 576 y sigs.—Stephen, *Commentaires*, (1886), 2.°, págs. 912 y sigs.—James Kant, *Commentaires ou american law* (1896), 4.°, p. 194, lectura 59.—Josuah Willians, *Real property* (18), p. 308.—Goodeve, *Real property* (1897), capítulo 8.°, págs. 227-249.—Nelson, *Real property* p. 206.—Digby, *History of law of real property*.

(2) Gaius, 1.°, 165; 50, 17, D. 13 pr.; 50, 16, D. 53 pr.—Véase Greif, locución citada, págs. 128-130, y las indicaciones que pueden sacarse de la organización primitiva de la curatela del pródigo—restricción de la *bona paterna avitaque*.

(3) 26, 1, D. 1, pr.—Cicerón, *Pro Murena*, 12, 27; *de rep.*, 3, 33, 45.—Véase también la disposición de las XII Tablas, 5.°, 7, sobre el *curator furiosi; si furiosus escit, ast ei curtos nec escit agnatum gentilumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*, que viene á esclarecer el testimonio de Gaius, 2.°, 64, afirmando que en el sistema de la ley de las XII Tablas, el agnado curador del *furiosus* podía enajenar los bienes de este último.

(4) *Liber constitutionum*, 100: «Licut in ea *potestatem* habeat, ita et omnes res suas.» La comparación con el tít. 96 de la misma ley, arroja sobre este texto la misma claridad que la comparación del de Gaius, 2.°, 64, sobre el de las XII Tablas, 5.°, 7.

de la Edad Media, la facultad de entrar en posesión de la herencia dada por el disponente al ejecutor testamentario (1); aplicación por Tito Livio de la denominación uniforme de *manus* á todas las potestades de que puede ser objeto, lo mismo la potestad tutelar que la marital (2), y numerosos textos, que declaran que el tutor está *domini loco* (3).

Schulin mismo hace constar, por otro lado, la semejanza de la tutela primitiva con la *manus*, y señala algunas de las supervivencias más características de esta *potestas*, como la admisión de la *in jure cessio* de la tutela legítima sobre la mujer (4). Las líneas que él consagra á este objeto en su Manual de historia del derecho romano, contienen una refutación muy suficiente de las ideas expuestas por el mismo en su *Griechische Testament*.

En la época relativamente remota á la que remontá la invención del expediente de la *mancipatio familiæ*; la evolución que ha transformado la antigua *potestas* del tutor en una simple administración del patrimonio del incapaz, organizada en el interés y por cuenta del mismo, estaba, sin duda, muy poco avanzada. Me demostró que el *emptor familiæ* había sido colocado entre la clase de tutores, que yo no viera nunca en esta circunstancia un motivo para inscribirme en falso contra la tradición que nos presenta la *mancipatio familiæ* como una variedad del tipo primitivo de la ejecución testamentaria; por el contrario, yo encuentro siempre aquí—dado que la tutela parece haber producido primitivamente, aunque de un modo provisorio, efectos análogos á los que llevan consigo definitiva

---

(1) R. Caillemer, loc. cit., págs. 153-155.

(2) 34, 2, 11.—Plauto, *Trucul.*, 4.°, 4, 6 (según las últimas lecturas). La *manus* aparece en estos textos como el equivalente exacto del *mundium* lombardo; esto es, la tutela perpetua sucesivamente ejercida por el padre, el marido y el tutor.

(3) 41, 7, D. 7, 3; 47, 2, D. 56, 54; 43, 24, D, 2, 7; 26, 2, D. 14.

(4) *Lehrbuch der Geschichte römischen Rechtes*, págs. 188 189.

é inmediatamente las demás formas de la potestad doméstica, *manus* y *patria potestas*—, un nuevo indicio en favor de la exactitud de esta tradición.

Esta primera parte del razonamiento do Schulin tiene, sin embargo, más apariencia de verdad que el segundo argumento que todavía encuentra en la fórmula que, según Gaius, debe ser pronunciada por el *familiæ emptor: familiam pecuniamque tuam... hoc ære et, ut quidam adjiciunt, æneaque libra esto mihi empta.* Entonces, cuando en el ceremonial ordinario de la *mancipatio* el comprador declara adquirir *hoc ære æneaque libra*, la opinión más corriente en tiempo de Gaius era la de que el *emptor familiæ* no debía emplear más que el primero de estos términos: *hoc ære*; algunos disidentes solamente se obligan á hacerlas seguir, como en la emancipación formal, de las palabras *æneaque libra.* El inciso *ut quidam adjiciunt* contendría la prueba de que el acto de la investidura del *familiæ emptor* no ha pura y simplemente tomado prestadas las formas de la emancipación, y que ha tenido su procedimiento propio; aunque éste, presentando, sin duda, semejanzas aparentes con el de la emancipación, ha sido, por razón de estas analogías externas, confundido con el de aquélla por los jurisconsultos clásicos, que no comprendían el sentido de una institución fuera de uso.

Schulin, partiendo de la idea preconcebida de que el *emptor familiæ* no ha sido nunca más que un curador ó un administrador de la sucesión, pretende restituir el ceremonial primitivo de la operación impropiamente calificada de *mancipatio familiæ.* Esta es una nominación ante testigos y en forma solemne de un tutor para derecho de sucesión. Necesita la presencia de testigos, probablemente en número de cinco, del testador y del futuro heredero, pero no la del *libripens* y la balanza.

El pretendido *familiæ emptor* habría terminado bien la frase, en la que él declaraba recibir la *familia* y la *pecunia* del disponente de su tutela, por las palabras *hæc ære esto mihi empta*, y colocando al mismo tiempo un pequeño trozo de bronce

en la mano del testador. Pero la remisión del pedazo de bronce habría tenido el sentido, no como en la *mancipatio*, de un pago ficticio del precio de la venta, sino de un símbolo de la obligación tomada por el investido de los poderes respecto á su comitente.

Todo este procedimiento tendía primitivamente, no á hacer pasar á un tercero la propiedad del patrimonio del disponente, sino á hacer obligaciones con cargo á este tercero. Solamente hacia los tiempos en que vivió Gaius es cuando los juristas romanos, dejándose engañar por las apariencias, han tomado el viejo modo de establecimiento del tutor sucesorio para una *mancipatio* de universalidad, transformando el ceremonial é introduciendo en él no solamente la mención *æneaque libra*, sino también la intervención del *libripens* y de la balanza —el peso ficticio—, é imprimiéndole después el carácter de venta imaginaria.

Las hipótesis desenvueltas por Schulin bajo pretexto de la interpretación del pasaje citado por Gaius, están totalmente faltas de verosimilitud. Cualquiera que haya podido ser la elasticidad originaria de la palabra *emere* (1), no por ello queda menos imposible el acomodar esta fórmula *hoc ære esto mihi empta*, y el acto material que se acompaña á la interpretación propuesta por Schulin.

Los términos empleados indican muy claramente que la entrega del pedazo de bronce encuentra su razón de ser en los derechos ó poderes conferidos al *emptor familiæ*, y no en las obligaciones que él asume. Sobre todo, ¿es permitido suponer que los jurisconsultos clásicos—en los que la noción del acta á causa de muerte había llegado á ser tan familiar, que no concebían ni aun que ella pudiera no haber existido siempre—, hayan intercalado la *mancipatio* entre las formas del

(1) Schulin invoca, en efecto, pasajes de Paul Diacre sobre las palabras *abemito et emere*, según los cuales, en el latín arcaico, *emere* ha significado, no solamente *mercari*, sino también *sumere* ó *accipere*.

testamento, sin estar en ello apoyados por una firme tradición? Nosotros hacemos constar entre ellos una tendencia absolutamente opuesta: la tendencia á modernizar las instituciones del pasado. Jamás se hubiera soñado en inventar este modo de disposición de la herencia, la transmisión *post mortem* por conducto de un comprador ficticio, si no le hubieren encontrado constituído por completo en la historia de su derecho.

XI

La comparación debe ser establecida con las variedades del tipo primitivo de ejecuciones de última voluntad.—*Treuhand* germánica.—Utilidad de esta analogía para esclarecer la historia del derecho griego.

Los extraños resultados, á los que viene á parar Schulin, no son nunca imputables al método de comparación en sí mismo, sino solamente á un empleo defectuoso de este método

Es necesario reconocer, al demandar á la analogía, interesante en sí misma, establecida entre el uso romano de la *mancipatio familiæ* y el helénico de las nominaciones de ἐπιμεληταί, otras indicaciones que las que puede suministrar el análisis de las metamorfosis sucesivas de una misma institución: la confrontación, por ejemplo, de los matrimonios por rapto ó robo con el matrimonio por compra de la mujer; de la familia uterina ó matriarcal, con la familia consanguínea ó patriarcal y la familia doble; y de la potestad doméstica del padre, del marido ó del agnado, con las tutelas protectoras del incapaz.

Considerada bajo este aspecto, la comparación aprovechará mucho más á la historia del derecho griego que á la del derecho romano. Servirá, ante todo, para aclarar los orígenes —algún tanto oscuros, y sobre todo, insuficientemente estudiados por los helenistas— de la institución de los ἐπιμεληταί (1).

(1) Sobre esta institución: Bruns, *Die Testamente der griechischen Philosophen Savigny-Stiftung. Rom. Abth.*, 1.°, 1880, págs. 9 y sigs.—Schulin, *Griechische testament*, págs. 25 á 33 y 43.—Schultess, *Vormundschaft nach attischem Recht*, Freiburg, 1886, págs. 58-63.—Beauchet, loc. cit., 3.°, págs. 699 y siguientes.—Greift, loc. cit., págs. 31-32.—Dareste, *Annuaire de l'association pour l'encoura-*

Nos hará ver cómo el ἐπιμεληταὶ de los tiempos clásicos, el curador y el liquidador de la sucesión designado por testamento, han tenido, como el ejecutor testamentario del derecho canónico ó de la legislación talmúdica, para antepasados directos, intermediarios de transmisión, investidos entre vivos sobre los bienes destinados á ser distribuídos después de la muerte del disponente, de una potestad comparable á la del *familiæ emptor* romano, ó á la del *salmann* germánico. Este contraste no está solamente impuesto por los resultados de la historia comparada, sino que él mismo parece salir directamente de las fuentes helénicas.

El vínculo entre la función del ejecutor y el del tutor de los hijos del testador, mucho más estrecho y aparente en Grecia que en ninguna de las sociedades medioevales, suministra desde luego un primer indicio en este sentido: la tutela del más antiguo derecho griego; habiendo, sin duda, presentado el mismo carácter de *potestas* sobre la persona y los bienes del pupilo, que la tutela germánica había implicado también como ella la interposición de una especie de propietario entre el difunto y su hijo menor (1), y la confusión momentánea del patrimonio de la mujer en el de sus tutores sucesivos (2).

---

gement des études grecques, 1882, págs. 1.ª y sigs.—Dareste, Haussoullier, Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, 2.ª serie, primer fascículo, páginas 102 á 114.—Van Hille, *De testamentis jure attico*, págs. 81, 90, 102 y siguientes.

(1) Muy claros vestigios de esta concepción primitiva se encuentran en la época clásica, sea en la sucesión provisoria del tutor, durante la minoría, en el culto doméstico que el menor no puede ejercer (Schultess, *Vormundschaft nach attischem Recht*, p. 105.—Meier y Schœmann (edición Lipsiur), *Der attische prozess*, p. 601.—Beauchet, 2.°, p. 220), ó sea en la ausencia de toda prohibición de enajenar en el cargo de tutor (Bruns, *Savigny Stiftung*, R. A., 1880, págs. 9 10.—Schultess, loc. cit., págs. 118 120.—Dareste, *Plaidoyers civils*, p. 30.—Guiraud, *La propriété fonzière en Grèce*, p. 319.—Beauchet, 2.°, p. 262, y para la ley de *Gortyne*, Beucheler y Zitelmann, loc. cit., págs. 134 y 160).

(2) Schulin, *Geschichte des römischen Rechtes*, § 48, p. 188.—Beauchet, 2.°, p. 148.—Se han frecuentemente señalado los testimonios contenidos en los

Pero, entre las supervivencias probables del régimen primitivo de la ejecución testamentaria, hay dos, sobre todo, que yo considero como características: de un lado el uso atestiguado por algunos documentos antiguos de la nominación de ἐπιμεληταὶ fuera del testamento, por acta separada (2); de otra parte, la presencia habitual del ἐπιμελητής en los testamentos sin εἰσποίησις y sin institución de herederos, y en estos últimos

poemas homéricos, y principalmente el pasaje de la *Odisea*, 1.°, 292, que reconoce á Telémaco ese mismo derecho de desempeñar el papel de arreglar la boda, en el caso en que Penélope se volviera á casar, que el derecho consuetudinario lombardo confería al hijo nacido del primer matrimonio, en su cualidad de tutor de su madre, para el caso de nuevas nupcias de la misma (Liutprand, 101, y la fórmula *de traditio ad uxorem*, publicada en la edición de las leyes lombardas de Bluhme, *Monumenta germ. hist.*, *leges*, 4.°, p. 605).

(2) Yo menciono, desde luego, para recordarlo, el testamento, relativamente reciente (II ó I siglo antes de Jesucristo), de Agasícrates, § 3 (Dareste, Haussoullier, Reinach, loc. cit., p. 102), que confía la reglamentación y la creación de una fundación á ejecutores ya designados por acta separada, si uno se atiene á la letra del texto. Pero puede objetarse que no tenemos tal vez más que un extracto del testamento, y que los ἐπιμεγηταὶ habrían sido instituidos en una parte del documento que no ha llegado á nosotros (véase Dareste, Haussoullier, Reinach, págs. 113 114). Miro como infinitamente más decisivas las indicaciones suministradas por uno de los dos más antiguos testamentos (el primero es mucho más conciso para que se puedan sacar de él conclusiones precisas) presentados por Dareste, Haussollier y Reinach, págs. 60 y 61, el testamento de Xuthias, que nos lleva al siglo V antes de Jesucristo, y es de los notoriamente anteriores á los primeros testamentos de los filósofos. El autor del acta había depositado en un templo las sumas de que deseaba disponer para el día de su muerte. En el documento que poseemos dirigía al depositario sus instrucciones, que había de darlas después de él y para el caso en el que no hubiera raclamado él mismo la restitución de los caudales así consignados, y forma la lista de personas que serán sucesivamente llamadas, unas en defecto de otras, al beneficio de distribución. No encontramos nosotros el funcionamiento primitivo de la ejecución testamentaria en esta operación, cuyo carácter ¿puede ser esclarecido por su parecido con las prácticas análogas que han sobrevivido largo tiempo á Roma en el desenvolvimiento del acta por causa de muerte? (D. 31, *de legatis*, 2.°, 77, § 26; 39, 5, *de donationibus*, 31, § 3; 30, *de legatis*, 1.°, 77; 16, 3, *depositi*, § 26; *Fragmenta Vaticana*, § 252 a).—La comparación se impone también con los papiros

solamente (1). Es por ello permitido pensar que la institución de los ἐπίμεληταί había desde luego servido para preparar el paso de la adopción testamentaria á la verdadera disposición de bienes en vista de la muerte, á la διαθήκη. En todo caso, un papel bien análogo—puedo afirmarlo con entera seguridad—ha jugado en la evolución del régimen sucesorio romano la *mancipatio familiæ*. Esta ha preparado, como la ejecución testamentaria precanónica, la transición de la adopción como heredero al testamento propiamente dicho.

---

griegos del período alejandrino, publicados por Mahaffy, *The Flinders. Petrie papyri*, en *Cunigham's memoirs*, 8.° y 9.°, primera parte, 11-21 (véanse: Van Hille, loc. cit., p. 110; Griffith, *Wills in ancient Egypt*, en *Law quaterly Review*, 14, 1898, págs. 47 50; Maspero, *Journal des savants*, 1898, p. 105).

(1) Schulin, *Griechische Testament*, p. 30, y sobre todo p. 43.—Véanse: Greif, loc. cit., págs. 31 32.—Beauchet, 3.°, p. 699.—Schultess, págs. 58 y siguientes.—Muy subjestiva es en este respecto la lectura de seis testamentos de los filósofos griegos conservados en Diogène Laerce (3.°, 41-43; 5.°, 11 16, 61 64, 69 74; 10, 16 22), publicados con un notable comentario por Bruns, *Savigny Stiftung*, R. A., 1.°, 1880, págs. 1 52, y con una traducción por Dareste, *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques*, 1882, págs. 1.ª y siguientes.—Todos estos testamentos son sin εἰσποίησις. En cuatro de ellos (los tres más antiguos—Platón, año 347 antes de Jesucristo; Aristóteles, año 322; Théosophrasto, año 285, y también el testamento de Strato, año 269—), consta á la vez la ausencia de la institución de heredero y la presencia de los ἐπίμεγηταί. En los otros dos, el más reciente, el de Lyko, año 225, y el de Epicureo, año 270, que es contemporáneo del testamento de Straco, se ve reaparecer la disposición universal bajo una forma tergiversada en Lyko, que dispone la totalidad de su sucesión en legados particulares, en lugar de distribuirla por designaciones de partes alicuotas, pero imponiendo á los legatarios, transformando así su carácter, la carga de sus deudas; mucho más abiertamente en el testamento de Epicureo, y al mismo tiempo que se introducían estas instituciones de herederos sin εἰσποίησις, desaparecía la intervención de los ἐπιμεληταί.

XII

Análisis de las influencias bajo la acción de las cuales el testamento se separa de la *mancipatio familiæ* ó ejecución testamentaria.—Movimiento natural de costumbres.—Comparación con la historia del *surrender to use of will*.

Estamos ya en la última etapa, la de la recepción en el sistema jurídico romano del concepto acabado del acto de última voluntad, que termina con la aparición del modo de disposición, que los intérpretes han muy impropiamente llamado el testamento transformado *per aes et libram*, y que yo llamaré simplemente testamento *per aes et libram*.

Esta es la primera y más antigua de las formas de testamento: las fuentes romanas no nos permiten, desgraciadamente, como las innumerables cartas de la Edad Media cristiana (1), asistir al trabajo de la práctica que ha hecho salir el testamento de este conjunto de disposiciones de herencia, á las que la ejecución testamentaria primitiva, *mancipatio familiae* ó *Treuhand*, había servido de punto de apoyo.

Es lo cierto que este movimiento, que en la Europa medioeval se escalona en varios siglos, aunque el renacimiento bolonés haya venido á acelerar la carrera, no es proseguido con igual rapidez en la sociedad romana, donde parece haber te-

---

(1) Para el análisis de esta evolución de las costumbres medioevales y la justificación del papel desempeñado por el ejecutor testamentario (tipo antiguo) como agente del renacimiento de la noción del testamento, R. Caillemer, loc. cit., págs. 312, 317, y sobre todo, págs. 479 y sigs., y los desenvolvimientos mucho menos precisos, faltos de una percepción suficientemente clara de los orígenes de la ejecución testamentaria, presentados por Auffroy, loc. cit., 412-436.

nido una gran espontaneidad. No exageremos, por tanto. Es posible que en esta materia, la marcha natural del derecho romano haya sido activada por la influencia helénica. Los testamentos de los filósofos nos muestran, en efecto, que en Grecia, ó por lo menos en ciertas partes de Grecia, desde la segunda mitad del siglo IV, el testamento había rompido la línea necesaria que le unía al εἰσποίησις y había verdaderamente llegado á ser la obra de una voluntad libre hasta la muerte (1), y que así comprendido, pudo, en efecto, hacia mediados del siglo III, referirse á la fortuna toda del testador y aun contener disposiciones universales.

La noción del acto de última voluntad no ha penetrado en Roma sino mucho más tarde, en una época en la que la acción de la literatura griega era ya allí muy intensa. Nada más inexacto que la afirmación lanzada por Sumner-Maine (2), y reproducida como palabra del Evangelio por una serie de autores: «en todas partes en donde el derecho de testar existe, ha sido tomado del derecho romano.» Nada más verosímil que el que la civilización romana haya sacado del contacto con la civilización griega beneficios análogos á los que ella ha derramado á su alrededor á las civilizaciones judía y musulmana (3), y sobre todo, á nuestra civilización medioeval. Yo no me refiero á ninguna copia directa—ni existe ningún dato—, pero sí á la posibilidad de la aceleración, bajo la influencia de

---

(1) La teoría anticuada de Bausen, *De jure hereditario Atheniensium*, página 58, que ve en el testamento griego un συμβόλαιον, bien podría, á pesar del descrédito en que ha caído (Schulin, loc. cit., p. 8, nota 6; Beauchet, locución citada, p. 22), contener un gran fondo de verdad con relación á los tiempos antiguos. Los testamentos más antiguos de los publicados por Dareste, Haussoullier, Reinach, le suministran, me parece á mí, una confirmación. Pero esta tesis es absolutamente indefendible en lo que concierne á la época clásica. Se ha producido en Grecia, sin duda, el mismo fenómeno que podemos ver entre nosotros y en muchas otras civilizaciones. El testamento no se ha diferenciado sino lenta y progresivamente del acto entre vivos.

(2) *L'ancien droit*, p. 187.

(3) Von Kremer, *Culturgeschichte des orients*, 1.º, p. 585.

una legislación más sabia, de la evolución lógica del derecho romano (1).

El problema se plantea, poco más ó menos, en los mismos términos para la historia del régimen sucesorio, que para la historia del régimen de garantías reales. Hay lugar á preguntarse si la transición de la prenda á la hipoteca y de la ejecución testamentaria primitiva al testamento, no han sido hechas de una vez, ó al menos facilitadas por la reacción del derecho griego. Pero ahora me apercibo de que me estoy dejando deslizar por la pendiente resbaladiza de la hipótesis. Vuelvo enseguida á entrar en el terreno sólido de la historia, analizando algunas indicaciones que el examen del § 104 del Comentario II de Gaius, nos suministra sobre los precedentes por los que se ha operado en Roma la sustitución de la ejecución testamentaria por el testamento.

Este resultado ha sido visiblemente debido al olvido progresivo *mancipatio familiae*, tras de la *nuncupatio*. Sumner-Maine (2) se esfuerza en esclarecer las relaciones naturales de estas dos operaciones por su analogía con una institución del antiguo derecho inglés, el *use*, una de cuyas principales utilidades ha sido remediar la prohibición de enajenación por testamento de la *real property*, y que en esta función particular ha constituído largo tiempo una simple variación de la ejecución testamentaria primitiva (3).

---

(1) Es solamente en esta forma en la que el derecho romano ha ejercido en nuestra materia una reacción sobre el derecho judío y el derecho musulmán. El acta de última voluntad talmúdica ó islamitica presenta, con relación al testamento romano, diferencias más salientes aún que las que separan este último del testamento griego.

(2 *L'ancien droit* (Courcelle Seneuil), págs. 162 y sigs.

(3) Holmes, *The law Quaterly Review*, 1.°, 1883, págs. 162 y sigs.—R. Caillemer, loc. cit., págs. 333 335,—Williams, *Real property* (18), p. 163.—Pollock y Maitland, *History of english law* (1), 2.°, p. 226, y la larga nota de las págs. 231 y siguientes sobre la frase *ad opus* y la historia primitiva del *use*. Otro precedente de la ejecución testamentaria ampliado á la *real property*, ha sido muy justamente comparado al *use* por Williams, págs. 164-165, y R. Caille-

Investido entre vivos por un modo de transferir la propiedad, por un *feoffment*, el ejecutor de últimas voluntades, el *feoffee to uses*, debe á los bienes momentáneamente entrados en su patrimonio después de la muerte del disponente, el empleo prescrito por éste, traspasándole á los verdaderos beneficiados (1). Ha habido en Roma, según Sumner Maine, las mismas relaciones entre la *mancipatio familiae* y la *nuncupatio* que las que en Inglaterra estaban en otro tiempo establecidas entre el acta de transferencia de la propiedad, acabada la posesión del *feoffee* y las instrucciones concomitantes ó posteriores, que indicaban á este hombre de confianza la manera de emplear y distribuir los bienes á él confiados. Por largo tiempo la declaración de legados, la *nuncupatio*, no ha estado ligada sino incidentalmente á la *mancipatio familiae*, no formando una parte integrante de ella.

La historia del derecho inglés suministra otro punto de comparación que, mucho mejor que el ejemplo buscado por Sumner-Maine, nos facilita la comprensión de los fenómenos, bajo la acción de los cuales se produce la transformación de la *mancipatio familiae* en testamento *per aes et libram*. Esta es evolución del *Surrender to use of will*. La teoría se refiere á la

---

mer, p. 335, nota 2: es el empleo de la *joint tenancy*. El disponente asocia en la copropiedad de sus posesiones, constituyéndose como *joint tenant*, al intermediario, al que confía la misión de cumplir sus últimas voluntades.

(1) En la teoría definitiva del *use*, la situación del *feoffee*, aun teniendo por misión cumplir un testamento, se diferencia muy profundamente de la del ejecutor testamentario propiamente dicho. El *feoffee* no ha debido traspasar, después de la muerte del disponente, al beneficiario, al *cestuy que use*, los derechos mismos de que él había sido investido, sino solamente dejarle el *use* de esos derechos, su uso y su posesión.—Ha conservado indefinidamente en su patrimonio para el beneficio de otro el *legal estate:* Blackstone, Chompré, 3.ª, págs. 220 y sigs.—Williams, loc. cit., págs. 166 y sigs.—Goodeve, *Real property* (4), p. 272.—James Kent, *Commentaries* (1896, 4.°, p. 292, lectura 61.—Ames, en *Harwerd law Review*, 8.ª, págs. 257 y sigs.—La teoría del *use*, sin embargo, no ha sido siempre tan rígida (véase los documentos de la primera mitad del siglo XV, analizados por R. Caillemer, p. 334, nota 1).

antigua organización de los feudos, que aunqué profundamente herida por los estatutos del siglo XIX, y condenada probablemente á una próxima desaparición, sobrevive todavía al presente en Inglaterra (1), y al funcionamiento de enfiteusis señoriales inferiores, antiguas behetrías ó *copyholds* modernos, posesiones para las cuales los derechos y obligaciones del poseedor están fijados, no en modo alguno por el *Common law*, sino por la costumbre del feudo (2).

---

(1) Pollock, *The english manor*, en sus *Oxford Lectures*, Londres, 1890, páginas 112 146, y la traducción de este estudio, en la *Introduction* á la *Science politique*, Paris, 1898, págs. 382 498.—Véase la introducción de Maitland, al principio de los *Select Pleas in manorial Courts (Selden Society)*, 1899.—Blakesley, *Manorial Jurisdiction*, en *Law quaterly Review*, t. 5.°, págs. 113 y sigs.—Pollock y Maitland, *History of english law* (1), 1.°, págs. 582-624.—Sobre los orígenes de esta institución y sus relaciones con la copropiedad del vasallo, véase el artículo de Maitland, *Survival of archaic communities*, en *Law quaterly Review*, 9.°, págs. 224 y sigs.—El trabajo, ya en otro tiempo antiguo, de Nasse, *Ueber mittelalterliche, Feldgemeinschaft munity*, Londres, 1883.—Y sobre todo, la obra fundamental, de Vinogradoff, *Villainage in England, Oxford*, 1882.—Véase además á Pollock y Maitland, *History*, p. 614.—Kovalewsky, en los *Annales de l'Institut international de sociologie*, 2.°, 1896, p. 200.—Kemble, *The Saxons in England*, 1.°, págs. 215 y sigs.

(2) Los juristas ingleses califican habitualmente la *copyholds*, como un *estate at will*, una tenencia á discreción del señor ó una posesión precaria. Esta definición no corresponde desde hace muchos siglos á ninguna realidad. No hace falta ni aun tomarla á la letra en lo que concierne á los vasallajes de la Edad Media (Vinogradoff, *Villainage*, págs. 165 167, 172, 212 215 y 297-300. —Seebohm, *English village community*, cap. 2.°, págs. 5 12, y 5.°, págs. 2 7.—Pollock y Maitland, *History* (1), 1.°, págs. 352-359.—Williams, *Real property* (18), págs. 424, 427 y 434).—El villano, atenido á la voluntad del señor en este sentido, motivaba el que los Tribunales del reino intervinieran para protegerle; pero la arbitrariedad señorial estaba bastante frecuentemente imperante por la formación de costumbres feudales. De aquí la fórmula de Littleton (*Temeris*, págs. 73 y 77), frecuentemente recordada por los modernos (Goodeve, *Real property* (4), p. 320).—La antigua villania ha sacado su nombre actual *copyholds*—tenencia por copia, [dice Littleton—, del acta instrumental que permitía al teniente probar su derecho y que consistía en una copia de la partida del registro y de los papeles del tribunal de behetrías, en los que constaba la concesión de la posesión á su favor (Littleton, p. 75.—Seebohm,

De la imposibilidad primitiva para el poseedor de ceder su derecho sin el consentimiento del señor (1), ha nacido la necesidad de recurrir, para realizar la enajenación entre vivos, al *copyholds*, modo de transferencia del que se encuentra algo por toda Europa, frecuentemente, aun aplicada á las enfiteusis nobles en el período de pleno florecimiento del feudalismo (2), la transmisión por el intermediario del señor, *by surrender and admittance*, es decir, la resignación, simbolizada lo más corrientemente por la entrega de una varilla *(virga)*, y otras veces de otros objetos, guantes, etc., hecha por el poseedor en las manos de un lord de behetría—por medio de su intendente—, con el ruego dirigido á él de conceder nuevamente la misma enfiteusis, y en las mismas condiciones y cargas, al su-

---

págs. 20 32.—Vinogradoff; págs. 173 y 374.—Williams, p. 428, y la introducción de Maitland, á los *Select Pleas in Manorial Courts*).—Numerosos vestigios de lo precario que ha sido en otro tiempo el título del *copyholder*, subsisten todavía en la estructura jurídica de esta institución.—Sobre el funcionamiento actual del *copyholds*, que ha sido gravemente herido por las actas de 1841, 1851, 1887, 1894 y algunos otros estatutos: Willians, *Real property*, págs. 421-466.—Goodeve, *Real property*, págs 320 336.

(1) La villanía ha sido por lo general muy fácilmente transmisible por herencia. Sobre la historia, muy compleja, del desenvolvimiento de la enajenación entre vivos de estas enfiteusis, véanse Vinogradoff, págs. 166, 172 y 371 378.—Pollock y Maitland (1), 1.°, p. 365.—Williams, págs. 439-440.

(2) Para Francia, Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, página 719.—Luchaire, *Manuel des institutions françaises*, 1892, págs. 172 173.—Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, 4.°, págs. 326 y 332.—Para Alemania, Schræder, *Lehrbuch* (3), p. 400.—Para Italia, á pesar de las disposiciones del *Librifendorum*, Pertille, 4.°, (2), § 145, p. 382, nota 63. Honard, en su traducción de las enfiteusis de Littleton, tomo 1.°, 1766, p. 93, nota 6, sobre la sección 73, hace constar la analogía de esta muy antigua práctica de la enajenación de enfiteusis por *surrender*, con la resignación de los beneficios eclesiásticos (y de oficios).—Sobre los antecedentes prefeudales de esta teoría, Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts* (edición Lehman), tomo 2.°, primera parte, págs. 369 y sigs., y la abundante bibliografía de la nota 1 del § 105.

cesor presentado por el resignante (1). Solamente en el instante en el que el señor—ó el intendente en su nombre—entregaba al *surrenderee* (esto en virtud de que la dimisión está hecha) mediante el pago de un derecho de transmisión, como signo de su admisión, en calidad *copyholder*, la varilla ó el símbolo de transmisión que había figurado antes en la resignación, era cuando la sustitución del adquirente en los derechos del enajenante se producía.

En la segunda mitad del siglo xv, Littleton (74), declara que todavía el *copyholder* que cede directamente su enfiteusis, sin la resignación previa, incurre en el comiso por causa de prevaricación (2). Este procedimiento arcaico del *surrender* informa actualmente el modo habitual de transferir los *copyholds*, aun habiendo perdido su razón de ser primitiva, aunque simplificada, y aun desnaturalizada por las reformas legislativas del siglo xix, que han hecho salir, por una evolución comparable á la que ha proseguido en nuestras antiguas costumbres, un sistema de publicidad—muy imperfecto de otro lado— de las actas traslativas de *copyholds*; publicidad por medio de inscripción en los registros del Tribunal de behetrías, y completada por la entrega al poseedor de una copia de su inscripción (3).

Cuando la libertad de disponer del *copyholds* en vista de la muerte, es desenvuelta en las costumbres behetriales, es ejercida por el camino tradicional del *surrender* y de la *ad mittance*. El *copyholder* no ha podido hacer pasar la tierra al

---

(1) Vinogradoff, p. 118.—Pollock y Maitland, 1.°, págs. 352, 357 y 379.—Williams, p. 453.—No exageramos, en lo que concierne á los tiempos antiguos, la generalidad de este modo de enajenación del *copyholds*. Es necesario tener en cuenta la diversidad de costumbres behetriales. Littleton, p. 74. —Blackstone, Chompré, 3.°, p. 292.—De otro lado, el *surrender*, es también aplicada de antiguo á otras enfiteusis. Littleton, p. 79.—Blackstone, 3.°, página 288.

(2) Se impone la comparación con los antiguos *fiefs de danger* franceses.

(3) Williams, loc. cit., págs. 453 454.

heredero de su elección, al *devisee*, sino por conducto de su señor. Ha debido tomar la precaución de hacer á tiempo una resignación, especificando el objeto perseguido: obtener la retraslación de su enfiteusis, no inmediata, sinó solamente para después de su muerte, al individuo designado en el acta de dimisión ó al que designare más tarde en sus últimas voluntades.

El *surrender to use of will*, no es otra cosa que la ejecución testamentaria primitiva, cuya refracción en el medio feudal imprime una fisonomía algo nueva. También los historiadores del derecho inglés han frecuentemente comparado el papel del señor en el *surrender*, con el del *salmann* de la afatomía sálica (1).

Entre estas dos operaciones, *mancipatio familiae*, y *surrender to use of will*, existe, es necesario, una diferencia muy visible. Mientras que en la primera, el intermediario de transmisión está libremente elegido por el disponente, en la segunda está impuesto por la costumbre. Pero, hecha abstracción de este elemento accesorio, la personalidad del ejecutor de últimas voluntades, se vuelve á encontrar, en uno y en otro, fuera de las semejanzas inevitables de ceremonial, el mismo mecanismo jurídico. El análisis que Blackstone (2) presenta del funcionamiento de la institución inglesa, conviene también con la institución romana. Ambas se descomponen en tres fases ó partes: 1.°, transferencia de la propiedad del disponente al ejecutor—*mancipatio familiae* ó *surrender*—; 2.°, instrucciones dadas al intermediario sobre el empleo que ha de darse á los bienes que le han sido encomendados, es decir, la declaración de última voluntad; 3.°, nueva traslación de la propiedad por

---

(1) Véase principalmente Vinogradoff, *Villainage*, págs. 371 y sigs.—La comparación suele ser aún más frecuentemente instituída con el *use*, en su empleo como sucedáneo del testamento. Blackstone (Chompré, 3.°, p. 291), exagerando una idea justa, llega hasta la identificación.

(2) Libro 3.°, cap. 22, traducción Chompré, 3.°, págs. 288-300.

el ejecutor á los destinatarios—*mancipatio* y tradición definitiva, *admittance* del *devisee* —.

Originariamente en Inglaterra, de estas tres operaciones, sólo las dos extremas, el *surrender* y el *admittance*, han estado dotadas de efectos jurídicos, y á este título sometidas á un formalismo riguroso. Ellas solas han ocupado toda la escena; la operación intermedia, la declaración de últimas voluntades, se cumplía fuera de la vista del público. No era más que un simple hecho, y no un acto con ceremonial especial y que tuviera virtud jurídica propia (1). El poseedor resignaba su derecho á lo debido, remitiéndose, primitivamente, para la ejecución de su *devise*, á la buena fe del señor (2). Pero esta situación es modificada por la consolidación progresiva de los derechos del *copyholder*, y los tribunales de equidad intervienen para asegurar por la coacción el respeto de esta obligación (3).

La operación intermediaria, la declaración de legados, llega á ser también productora de derechos, y su valor jurídico crece constantemente á medida que las garantías más eficaces se organizan en beneficio del *copyholder* contra la arbitrariedad de los tribunales behetriales. El señor no podía ni oponerse á la resignación, ni rehusarse á admitir como feudatario al individuo designado, sea en el acta de dimisión, sea por la última voluntad del resignante; el espíritu popular se acostumbra poco á poco á atribuir á la operación intermediaria, es decir, á las instrucciones del disponente, los efectos que originariamente habían sido producidos por las otras dos operaciones combinadas.

Esta concepción está ya claramente deslindada en los tiempos de Blackstone, pero solamente durante el siglo XIX es

(1) Williams, loc. cit., p. 458.

(2) Blackstone, Chompré, 3.°, p. 290.

(3) Blackstone, loc. cit., págs. 291-295, y sobre el movimiento general de intervención de los tribunales reales en las relaciones del *copyholder* y su *lord*, al que relaciona este progreso: Williams, loc. cit., págs. 432-433.

cuando produce todos sus frutos y cuando ella llega á libertar casi completamente al testamento que tiene por objeto un *copyholds*, del vínculo que le unía anteriormente á dos ceremonias entre las cuales se encuadraba necesariamente. Esta reforma ha sido realizada en lo que concierne al *surrender*, poniéndola en las manos del señor, por un estatuto de 1815 (1), en virtud del cual, la *devise* del *copyholds* llega á ser en adelante válida aun para el caso en el que no hubiere sido precedida ó acompañada de ninguna resignación, que ha convertido el *surrender* facultativo no más que en preliminar de la *devise* y transformado así en una operación autónoma, bastándose á sí misma, lo que no había sido anteriormente más que una cláusula ó complemento del *surrender*.

Como consecuencia muy natural de esta transformación, el *Wills Act*, de 1837, extendió á las *devises* de *copyholds* la aplicación de las reglas destinadas á asegurar la sinceridad y la autenticidad de los testamentos (teoría de la *execution* y de la *attestation*) (2). Este mismo estatuto ha atraído á sí, de otro lado, la segunda parte de la reforma, suprimiendo uno de los principales intereses que tenía la *devisee*, de apresurarse á solicitar su *admittance*, autorizándola, para el porvenir, á comprender en sus propias disposiciones testamentarias, antes aun de haber obtenido su recepción como *copyholder*, las *copyholds* á él legadas (3).

(1) 55, Goodeve, 3.°, c. 122. El estatuto de 1815, sobreentendiendo el *surrender* y supliendo su falta, no ha hecho, por otro lado, más que generalizar una reforma, aplicada ya anteriormente por los tribunales, de equidad, pero solamente en vista de casos favorables.—Christian, sobre Blackstone (traducción Chompré, 3.°, p. 292, nota 1.—Goodeve, loc. cit., p. 328.—Williams, locución citada, p. 458.

(2) 7, Will., 4.°, y 1, Vict., c. 26, ss. 2, 3, 4, 5, 9.—Véase James Williams, *Wills and intestate succession*, 1891, págs. 42-43.—Joshua Williams, loc. cit., página 456.—Theobald, *Law of wills* (5, págs. 174 y 181.—Holdsworth, y Vickers, *Law of succession testamentary and intestate*, p. 90.—Jarman, *A treatise on Wills*, 1893, 1.°, p. 56.

(3) Joshua Williams, *Real property*, p. 456.—Goodeve, loc. cit., págs. 328-329.—Jarman, loc. cit., 1.°, p. 57.

El paso verdaderamente decisivo ha sido hecho en esta tendencia por la *Copyholds Act*, de 1841, que ha decidido que el simple envío al señor ó á su intendente de una expedición de testamento, podría útilmente reemplazar las formalidades más complicadas del *presentement* y de la *admittance*, y servir de base á un requerimiento por el *devisee* de la inscripción de su nombre en los registros del feudo (1). Gracias á esta innovación, completada en algunos puntos de detalle por los Estatutos 50 y 51, Victoria, c. 73, y consolidada más aún por la *Copyholds Act*, de 1894 (2), no subsiste actualmente la necesidad primitiva de la retraslación por el señor al *devisee*, sino como un método particular de publicidad de las transmisiones testamentarias *copyholds* (3).

Un lento progreso de costumbres, activado sobre todo durante el siglo XIX por la intervención legislativa, ha desbara-

(1 Joshua Williams, loc. cit., p. 458.—Goodeve, p. 326.—Estatutos 4 y 5, Victoria, c. 35, 10, 80 82.

(2) 57 y 58, Victoria, c. 46, ss. 84-85.

(3) Se encuentra todavía un último vestigio, muy atenuado de la concepción antigua, en un pasaje del *Land Transfer Act*, de 1897, 60, 61, Victoria, c. 65, ss. 1, 4.—Este Estatuto, que ha realizado tímidamente y algo á escondidas una de las reformas más importantes y más afortunadas que ha sufrido el régimen sucesorio inglés, la extensión sobre la *real property* de los poderes del *personel representative*—ejecutores testamentarios y administradores de sucesión—, presenta más que ningún otro los defectos habituales del derecho estatuario inglés: la ausencia de lógica, de cohesión, y sobre todo, de claridad. Por esto, sin duda, se explica la disposición singular y algún tanto enigmática de ss. 1, 4, que al principio de que el ejecutor ó el administrador son investidos de *copyholds* del difunto como los demás elementos de su *real property*, añade la excepción para el caso en el que la admisión ú otro acto del señor son necesarios para dar la perfección al título de adquirente. Véanse Robbins, *Devolution of real state on death under part I of the Land transfert Act*, 1897, 2.ª edición, Londres, 1898, p. 25.—Brickdale y Shelonds, *Land transfert Acts*, 1875 y 1897, Londres, 1899, págs. 242, 258, 264 265 y 272.—Holdsworth y Vickers, loc. cit., págs. 20, 178.—Sydney E. Williams, *Concise treatise on the law relating to legal representatives real and personal*, Londres, 1889, p. 73. Para el estado del derecho inglés sobre este punto con anterioridad al *Act*, de 1897, Vaughan Williams, *Executors and administrators* (9), 2.ª, págs. 16 57.

tado el producto originario de los elementos de que estaba compuesto desde antiguo el *surrender to use of will*, ó mejor aún, ha eliminado dos de estos elementos. El *surrender* y la *admittance*, pasando desde luego al segundo plan, después caído en desuso, y la instrucción dirigida al ejecutor, han heredado las virtudes jurídicas de la doble transferencia y han llegado á constituir, asimismo, el testamento de *copyholds*.

La evolución que yo acabo de dibujar, y que ha proseguido en Inglaterra en tiempos muy próximos á nosotros, y que en la hora presente llega apenas á su coronamiento natural, nos suministra en grandes líneas una imagen bastante fiel del movimiento de la práctica romana que ha progresivamente separado de la *mancipatio familiae*, el testamento *per aes et libram*. Las tradiciones nacionales resumidas en la obra de Gaius, han siempre conservado el recuerdo de un proceso completamente análogo. Aquí también la declaración de los legados parece haber quedado primitivamente fuera del círculo de los actos jurídicos, en los que la costumbre reglamentaba las formas y los efectos. Gaius afirma bastante claramente la ausencia de formalismos en la última frase del § 103, comentario II: *Nanque olim familiae emptor... heris locum obtinebat et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet*. Estas expresiones, cuya extensión está aclarada por el contraste del formulario encerrado en el § 104, no pueden aspirar más que á instrucciones no solemnes (1); la ausencia de virtud jurídica no es menos probable.

Para negar esto, será necesario suponer, no solamente—lo que es muy admisible—que la *mancipatio familiae* no es más que una aplicación particular antigua de la *fiducia cum amico* (2),

(1) Aun la observación para el fin de la penúltima frase del § 102: «aumque *rogabat* quod cuique post mortem suam dari vellet.» Véase Girard, *Manuel*, p. 785,—Cuq, loc. cit., p. 298, texto y notas 2 y 3.

(2) En este sentido: Cuq, *Institutions juridiques*, p. 643.—La *fiducia cum amico*, ha servido, en efecto, en la época clásica, para realizar operaciones muy análogas: Girard, *Manuel* (2), p. 510, nota 3.—La determinación de un

sino también—hipótesis cuya inverosimilitud ha sido frecuentemente demostrada (1)— que en los tiempos anteriores á los en que se ha constituído nuestro antiguo procedimiento de realización de últimas voluntades, la fiducia engendraba ya una acción en ejecución contra el adquirente fiduciario.

La *nuncupatio* verbal ó escrita no se introduce, pues, sino tardíamente en el ceremonial oficial de la *mancipatio familiae*. Se desenvuelve primeramente al lado de las formalidades antiguas, y después en su lugar. En Roma, como en Inglaterra, el público se habitúa progresivamente á buscar en las declaraciones solemnes del disponente la fuente de efectos jurídicos, producidos primitivamente por las dos transferencias, que perdiendo así su razón de ser, están desde luego condenadas á una más ó menos pronta eliminación. De estas dos transferencias, una, la segunda—*mancipatio* ó *traditio* por el *emptor familiae* á los destinatarios—, ha desaparecido completamente, y otra, la primera—*mancipatio familiae*—, ha perdido su significado jurídico y no se ha mantenido sino por la fuerza de la costumbre, como una formalidad en adelante vacía de sentido.

---

papel y de sus aplicaciones, han por otra parte levantado muy vivas controversias.—Véanse, en la *Zeits. der Savigny Stiftung, Rom. Abth.*, los artículos de Heck, *Die fiducia cum amico contracta Eim Pfandgeschäft mit Salmann*, 10, 1889, págs. 82 y 138.—Niemeyer, *Fiducia cum amico und depositum*, 12, 1891, págs 297-324, y Gœppert, *Fiducia cum amico contracta*, 13, 1892, págs. 317 356.—Véase también: *Fadda*, en *Per l' VIII centenario della Universite di Bologna*, Roma, 1888, págs. 194-197.

(1) Girard, *Manuel*, p. 511, nota 5.

XIII

Reacción de la teoría de la adopción de heredero, sobre la teoría de la ejecución testamentaria.—Pruebas suministradas por el ceremonial *per æs et libram*.

El § 104 de Gaius nos dará, finalmente, una última luz sobre la historia de la transformación de la ejecución testamentaria. Este movimiento ha sido acelerado por una reacción de la teoría de la adopción como heredero, sobre la teoría de la ejecución testamentaria. Es suficiente, en efecto, hojear el formulario del testamento *per aes et libram*, tal como nos lo ha conservado Gaius, para convencerse inmediatamente de que se ha constituído en parte con la ayuda de elementos tomados prestados del ceremonial de la institución *calatis comitiis*. Las palabras que pronuncia el disponente al presentar á los asistentes las *tabulae testamenti*, han sido visiblemente dirigidas en su origen, no á cinco testigos, sino á los *Quirites*, es decir, á la asamblea popular. Es verdad que la clave de esta particularidad pudiera buscarse en la conjetura emitida principalmente por Ihering (1), según la cual, la *mancipatio* habría exigido primitivamente el concurso del pueblo entero. No se me oculta que si el argumento obtenido en el supuesto de que de la identidad entre el número de testigos de la *mancipatio* y el de las clases en la constitución de Servius, es de los más frágiles (2), la idea misma de que el requerimiento de testigos instrumen-

(1) Ihering, *Geist. des römischen Rechts* (5), 1.°, p. 141.—Meulenære, 1.°, página 143. Para la enumeración de otros partidarios de la misma opinión, Viollet, *Histoire du droit français*, p. 605, nota 3.

(2) Girard, *Manuel*, p. 280, nota 1.ª

tales debe su origen á una atenuación de la exigencia anterior de la intervención de la asamblea popular, encuentra en cambio un apoyo muy fuerte en la historia comparada (1).

Esta conjetura pudiera tal vez justificar la invocación del testimonio de los *Quirites*, pero no el empleo, de las palabras *ita do*, *ita lego*, *ita testor*, en las instrucciones dirigidas al ejecutor testamentario. Hay una contradicción manifiesta entre estos términos, que implica transferencia directa y concurso de intermediario de transmisión. La frase en cuestión no ha podido penetrar en el formulario de la *mancipatio familiae*, sino en el momento en que esta institución ha comenzado á transformarse en testamento, y no toma un sentido preciso sino en cuanto se la coloca entre las ceremonias de la disposición *calatis comitiis* (2).

(1) Viollet, loc. cit., p. 606.—M. Viollet exagera la precisión de las noticias que suministran á este respecto las costumbres de la época franca. La naturaleza primitiva de la *Sala* germánica y los orígenes del *Anflassung* judicial, encierran todavía problemas muy controvertidos y muy oscuros. (Sobre la bibliografía, notablemente rica en esta materia: Brunner, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 1901, § 47, págs. 176-177, y Stobbe (Lehemann), *Handbuch*, 2.°, 1, p. 369, § 105, nota 1.) Pero, en favor de la opinión emitida por el autor, me parecen militar: 1.° Numerosos indicios suministrados, no solamente por las costumbres escandinavas, sobre las que se apoya Viollet (véanse Dareste, *Études de histoire du droit*, págs. 293 y 310. Beauchet, *Nouvelle revue historique de droit*, 1887, p. 382. Lehemann, *Die altnordische Anflassung*, en *Zeits. der Savigny Stiftung*, *G. A.*, 1884, 5.°, págs. 84-116), sino también, y sobre todo, por el viejo derecho judío (*Génesis*, XXII, XXXIII, 19-20. *Ruth*, 4.° *Jeremías*, XXXIII, 8-14. Rapaport, *Der Talmud und sein Recht*, *Zeits. für verg. R. W.*, 14, página 47, nota 59; p. 132, nota 256; p. 137, nota 288. Hartmann, *Das Buch Ruth in der Midrasch Litteratur*, Francfort, 1901, págs. 75-84), y algunos otros sistemas jurídicos arcáicos.—2.° El papel primitivo de los testigos (aprobación y autorización).—3.° El vínculo, tan frecuentemente manifestado en el concurso de las asambleas populares del señor ó del juez y de los testigos en las enajenaciones inmobiliarias, y las antiguas formas de propiedad colectiva.

(2) Puede ser también una parte de la fórmula pronunciada por el *emptor familiæ* en el testamento *per æs et libram—et ea quo in jure testamentum facere possis secundum legem publicam—*, haya sido extractado del ceremonial de la institución *calatis comitiis*.—Cuq, *Institutions*, p. 295, nota. 1, y p. 522.

XIV

Pruebas suministradas por las reglas esenciales del testamento.—Numerosas supervivencias en la teoría del testamento, de reglas nacidas del funcionamiento de la adopción hereditaria.

No es únicamente en las formas, sino también en las reglas esenciales ó de fondo del testamento *per aes et libram* donde se atestigua claramente una imitación de la adopción como heredero. Los dos adagios: *institutio heredis est caput et fundamentum testamenti*, y *nemo partim testatus, partim intestatus, decere potest*, que constituían un enigma absolutamente indescifrable y á los que se buscaba vanamente una razón de ser aceptable, cuando se ve en ellos, con algunos autores (1), una invención tardía de los *prudentes*, contemporánea de la aparición del testamento *per aes et libram*, llegan á ser, por el contrario, muy fácilmente explicables cuando se las mira como una supervivencia de los modos de disposición de herencia anteriores á las XII Tablas (2).

Se presentan á nosotros estas máximas, como consecuencias naturales del funcionamiento regular de la institución *calatis comitiis*, disposición que permite al ciudadano, cuya casa quedaba desamparada por falta de descendientes, darse, con el consentimiento del pueblo, un continuador de su personalidad, un asociado que recogerá después de él su patrimonio, un *heres suus* artificial, sin imponerle siempre ni la

---

(1) Cuq, *Institutions*, pág. 526.

(2) Girard, *Manuel* 2, pág. 172, nota 3.

vida común, ni la sumisión á la potestad paterna, ni el abandono del *estatus familiae* anterior. La presencia del heredero instituído, cuyas prerrogativas se modelaban, según parece verosímilmente, sobre las del *heres suus*, tenían el mismo efecto que la presencia de un descendiente *in patria potestate* ó de una mujer *in manu*; implicaba el aniquilamiento de una casa y la vuelta de los bienes que habiendo sido la donación, á las asociaciones domésticas salidas del mismo tronco, á los agnados (1). Mientras quede una copropiedad, *heres suus* ó instituído, para sostener sobre su personalidad la propiedad del patrimonio, del que el difunto no había sido de ninguna suerte más que un administrador con grandes poderes, no podía caber aquí la sucesión *ab intestato* propiamente dicha, es decir, por la devolución á los agnados.

De otra parte, la institución *calatis comitiis*, no siendo admitida más que en ausencia de los *heres suus* y para remediar el estado de cosas por ello producido, claro está que ningún concurso era posible entre los tres órdenes de sucesión: sucesión necesaria, institución contractual y sucesión *ab intestato*. La regla *nemo partim testatus* debe manifiestamente su origen al sistema sucesorio primitivo, cuyo espíritu vuelve á salir tan claramente en la disposición frecuentemente citada de las XII Tablas, 5.°, 4 (2): *intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*, que consiente, según nos previenen los resultados de la historia comparada, aplicar una interpretación completamente literal.

Se comprende fácilmente también que no haya sido permitido hacer excepciones ó derogaciones á los efectos naturales de la institución de heredero, bajo la forma de legados ó de nombramientos de tutores, sino en el acto mismo de la insti

(1) Véanse, sobre el derecho de los agnados, Cuq, *Institutions*, pág, 290, y los textos por él citados, nota 2.

(2) Véanse, en el *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano*, Scialoja, 3.°, 1890, págs. 176 y 177, y Bonfante, 4.°, págs. 96 y 143, y 7.°, 1894, págs. 151 y 201.

tución, en la carta de sucesión acordada por la asamblea popular; se comprende que no haya sido posible restringir de golpe, *ex post facto*, el derecho de expectativa y el *Beispruchsrecht* nacidos de un voto en los comicios; y compréndese asimismo que, de otra parte, el pueblo que consentía de ordinario las medidas necesarias para evitar la destrucción de una comunidad doméstica por causa de la muerte de un jefe sin herederos suyos, no haya jamás intervenido en la demanda de un testador que preve esta destrucción y la consiente, sólo para descartar, procurando un bien particular, los principios habituales de la devolución á los agnados.

Las mismas causas han producido consecuencias muy análogas en el derecho griego, en el que todas las disposiciones en vista de la muerte, no han sido, desde luego, más que cláusulas de la adopción testamentaria, ó por lo menos, no han podido, en su origen, ser realizadas independientemente de un εἰσποίησις, sino por procedimientos análogos á la *mancipatio familiae*, como el que nos da á conocer el pretendido testamento de Xuthias (1).

La aclimatación en la teoría clásica del acta romana por causa de muerte de estas dos reglas: la necesidad de una institución de heredero para asegurar las disposiciones á título

---

(1) Dareste, Haussoullier, Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, segunda serie, primer fascículo, págs. 60 6.—Señalamos también, en el mismo orden de ideas, la extremada frecuencia de las estipulaciones en favor del tercero, en nuestras instituciones contractuales de los comienzos de la Edad Media: Huebner, *Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nienbrauchs im ältoren deutschen Recht*, en los *Untersuchungen*, de Gierke, 26, págs. 67 73, § 13; Beseler, *Die Lehel von den Erverträgen*, 2.°, 1, páginas 215 y 233; R. Caillemer, loc. cit., pág. 554; y sobre las instituciones del derecho germánico moderno, que son descendientes de estas antiguas prácticas: Hellwig, *Die Verträgl auf die Liestung au Dritte*, Leipzig, 1899, páginas 591 670; Schufner, *Der Erbvertrag nach dem B. G. B. für D. R.*, Jena, 1899, § 18, págs. 68 83 (en los *Abhandlugen zum Privatrecht und Civilprozess*, de Fischer, y *Der Vermachtnissvertrag nach œsterreichischen Recht*, Leipzig, 1891, § 18, págs. 99 115.

particular, y la incompatibilidad de la devolución legal y de la devolución por la voluntad del *de cujus*, reglas que habían perdido su significación social y su razón de ser económica, demuestran bastante cuán profunda ha sido la influencia ejercida por el contacto de la adopción de heredero sobre las transformaciones de la *mancipatio familiae* (1). A esta influencia han sido debidos importantes resultados: la propagación del concepto rígido de la sucesión *in universum jus*, de la representación activa y pasiva del difunto, que nuestras legislaciones latinas han tomado prestadas de las compilaciones de Justiniano, y de las que la mayor parte no han podido desgraciadamente todavía desembarazarse (2); el retracto al *emptor fa-*

---

(1) Cuq, *Institutions juridiques*, págs. 521 y sigs.

(2) Para la indicación de los rasgos distintivos de este concepto: Halder, *Die Stellung des römischen Erben*, en *Savigny Stiftung*, R. B., 16, 1895, págs. 221 229. Esto es sobre todo por la reglamentación dada á la representación del pasivo que caracteriza el concepto romano y que pesa tan fuertemente sobre nuestro derecho latino. ¿En qué venía á parar, en la *mancipatio familiæ*, el pasivo del difunto? Yo dejo á un lado esta cuestión, que nos conduciría al dominio de la pura conjetura. Pone, de otro lado, en juego problemas que no pueden ser decididos en una sola palabra: contenido y límites de la intransmisibilidad primitiva de las obligaciones, conexión original de la representación pasiva con la representación activa, ó asociación tardía de la primera con la segunda. En la mayor parte de las sociedades en las que es posible observar el funcionamiento de la ejecución testamentaria, sea bajo su forma primitiva ó sea bajo la derivada, se nos presenta al mismo tiempo que como modo de distribución del activo, como procedimiento de liquidación de deudas. (Véase principalmente, para nuestras costumbres en los primeros tiempos de la Edad Media: R. Caillemer, loc. cit., págs. 422 473; para el derecho griego: Schulin, *Griechische Testament*, p 30; Beauchet, loc. cit., 3.°, p. 699; para el derecho musulmán: Sachau, *Muhommedanisches Recht nach schafiitischer Lehre*, 1897, p. 237. No es nunca inverosímil que haya sido lo mismo la *mancipatio familiæ* romana, pero las fuentes que conocemos no nos dicen nada sobre este punto. De todos modos, la representación pasiva del difunto, tal como la conoce el derecho clásico, caracterizada por la *obligacion ultra vires*, es ciertamente extraña á la *mancipatio familiæ*, asi como las demás variedades de la ejecución testamentaria. Esta teoría, que ha tenido visiblemente su origen

miliae de la aptitud para recoger y conservar los bienes de los que el *de cujus* no había regulado la aplicación, ó cuyo empleo previsto no había podido ser obtenido; el traslado de esta prerrogativa de uno—ó algunos— de los destinatarios definitivos al heredero testamentario (1); en fin, y sobre todo, la supresión de la interposición del *familiae emptor*, entre el disponente y los agraciados en la serie de propietarios sucesivos de los bienes legados, y la sustitución de las dos mutaciones antiguas de una única transferencia (2).

El paso directo de la propiedad, del poder del *de cujus*, al de los herederos de su elección que, en la institución *calatis comitiis*, era el resultado del establecimiento entre vivos en

en la organización primitiva de la comunidad doméstica y de la solidaridad familiar, no ha podido comunicarse á la sucesión testamentaria romana sino por la mediación de la institución *calatis comitiis*.

(1) Asistimos al mismo fenómeno en nuestras costumbres medioevales, observando de siglo en siglo la transformación de las cláusulas del testamento destinadas á regular la especie de saldo del activo, producido por la liquidación de la sucesión, después de la ejecución de las disposiciones particulares; prescripción de empleo del residuo, ó sea instituciones *in residuo*. Nosotros seguimos aquí paso á paso en la institución del heredero, al ejecutor testamentario como beneficiario de los legados fallidos, y la penetración gradual de la institución de heredero en la complejidad de disposiciones particulares agregadas á la ejecución testamentaria (véase R. Caillemer, lugar citado, págs. 476 512). Una evolución análoga se ha producido en los tiempos más próximos á nosotros por los *wills* de *personaty*, en Inglaterra, donde el ejecutor testamentario, después de haber sido investido—en ausencia de designación de un *residuary legatee* especial—del residuo, primeramente para distribuirle, y después para conservarle para el mismo, ha sido transformado en 1830 (Estatuto II, Jorge IV y Guillermo IV, c. 40) en un *trustee* para la cuenta del *next of Kin*, ha debido en adelante repartir el resto entre el cónyuge y los parientes del *de cujus*, conforme á las reglas prescritas por el estatuto *of distribution* para la liquidación de las sucesiones abintestato, á menos de ser dispensado por una cláusula especial; cláusula que según la jurisprudencia actual, no produce efecto sino á condición de ser muy formal: Vaughan Williams, *Executors and administrators* (9), 2.ª, págs. 1348 y sigs.; Joshua Williams, *Personal property*, p. 442; R. Caillemer, loc. cit., págs. 507-511.

(2) Desde este punto de vista, sobre todo, su analogía con la historia del *surrender to use of will*, sirve para aclarar los orígenes del testamento romano.

beneficio del instituído de un derecho de copropiedad sobre el patrimonio del instituyente, no se verifica en la *mancipatio familiae*, convertida después en testamento *per aes et libram*, sino después de la muerte del disponente, como en los tiempos en los que esta transmisión no tenía lugar más que por el conducto del *emptor familiae*. Las *mancipatios* y tradiciones por el ejecutor de últimas voluntades á los destinatarios, caen en desuso, pero no sin dejar en último rastro la exigencia de la adición á la herencia y la teoría de la herencia yacente, que, aplicadas al instituído testamentario, á diferencia del adoptado como heredero, han semejado en su situación á la del agnado llamado á la sucesión *abintestato*.

Gracias á la reacción del acto llamado testamento *comicial* sobre la *mancipatio familiae*, el *de cujus* ha podido en adelante asegurarse continuadores de su personalidad, sin estar obligado como en la institución *calatis comitiis*, á conferir en vida derechos inmediatos. El testamento *per aes et libram* ha heredado del carácter de revocabilidad que le había servido de prototipo, la instrucción dirigida al ejecutor testamentario. Ha llevado asimismo en ciertos respectos un ejercicio más libre de la facultad de arrepentirse. El concurso del *familiae emptor* ha llegado á ser inútil desde el día en el que este personaje no ha sido más que un comparsa, y no ha adquirido ningún derecho en virtud de la *mancipatio*.

Este progreso hecho en lo que se refiere á la revocabilidad, ha sido, sin embargo, compensado en gran parte por la introducción de exigencias nuevas. La revocación de las declaraciones de última voluntad, ha sido sometida á un formalismo más riguroso todavía que su emisión. Los efectos de un testamento no pueden ser anulados sino por otro testamento posterior, que para ser asimismo válido, ha de producir sobre el primero su virtud destructiva, y debe contener una institución de heredero (1).

---

(1) Tal es hoy día la opinión dominante, y esta opinión encuentra una

Libres de cambiar los beneficiarios de sus disposiciones, el *de cujus* queda impotente, mientras que el derecho pretorio no viene á corregir los rigores del civil, á borrar enteramente las consecuencias de un primer testamento, á restituir su imperio á los principios de la sucesión *abintestato*. Esta regla no tiene, ciertamente, su origen en el funcionamiento primitivo de la *mancipatio familiae*. Se ha visto algunas veces un rasgo particular en el testamento *per aes et libram*, resultante de la aplicación á esta nueva operación del principio de correspondencia entre los modos de establecimiento y los modos de extinción de derechos. Pero el método que consiste en buscar la clave de todas las singularidades del derecho romano en las leyes propias de su técnica jurídica, me inspira alguna desconfianza. Yo no puedo aceptarla como menos mala. Ihering mismo, que por su Espíritu del Derecho romano, ha contribuído tanto á ponerla de moda, ha marcado después en ella los peligros, y los ha señalado en sus últimas obras. Tiene en efecto, aquélla, el grave inconveniente de separar al romanista de investigarla en las solas causas verdaderamente íntimas y determinantes que rigen los fenómenos jurídicos, á saber, sus razones de ser sociales y económicas. El poner en obra rigurosamente la dicha ley de correspondencia, ha producido por otro lado muy otras consecuencias. Nos conduce á la organización de un modo solemne de revocación del testamento, llevando el cumplimiento de las formalidades de la mancipación y necesitando la presencia del individuo que había figurado en el testamento como *familiae emptor*, pero para jugar esta vez un papel inverso, el papel del vendedor ficticio. Es impotente para justificar la denegación al *de cujus* del derecho de revocar un testamento sin reemplazarle por otro.

---

justificación verdaderamente decisiva en los textos: Girard, *Manuel* (2), páginas 814-815; Krueger, *Kritische Versuche*, 1870, págs. 1 40.— *Leits. der Savigny-Stiftung*, R. A., 1880, 1.°, págs. 53 67; y la polémica sostenida en esta última recopilación entre Schirmer, 1886, 7.°, 1; 1-14; 1887, 8.°, págs. 99 y sigs., y Krueger, 7.°, 2, págs. 91 94; 8.°, págs. 109 y sigs.

Estamos todavía aquí—y es difícil escapar de esta conclusión—, en presencia de una cosa tomada de la teoría de la disposición *calatis comitiis*. La regla en cuestión cuadra muy bien con la estructura general y sobre todo con la función económica de esta antigua institución. El mismo motivo—el deseo de evitar la desaparición de una comunidad doméstica, la extinción de un culto privado y la eliminación de una de las células del organismo social—, justifican á la vez la admisión de la adopción de heredero como medio de remediar artificialmente la ausencia de heredero suyo, y la prohibición dirigida al autor de una disposición de este género, de retirar su vocación al instituído elegido desde luego por él, sin asociar al mismo tiempo á otra persona á la copropiedad de un patrimonio y sin designar un nuevo continuador eventual de su personalidad. No había más que un solo caso, el caso de la supervivencia de un *heres suus*, en el que el anulamiento puro y simple de los efectos de la institución *calatis comitiis* fué deseable. Pero este resultado estaba atendido de un modo mucho más seguro por la aplicación automática de la regla *posthumi adgnatione testamentum rumpitur*, que deshacía la adopción de heredero cuando la causa que la había provocado, la ausencia de herederos suyos, llegaba á desaparecer.

Superflua en esta hipótesis la revocación aislada de la disposición *calatis comitiis*, fué provocado alrededor de ella, el aniquilamiento de una casa, de un culto, de una unidad económica, suprimiendo, sin remplazarlas, las medidas anteriormente tomadas para conjurar esta temibilísima eventualidad. Si no es encontrado jamás—lo que es casi inverosímil mientras ha durado el régimen sucesorio tan claramento descrito por el texto famoso de las XII Tablas (v. 4)—jefe de una casa, tan poco asociado á los intereses de su familia y del buen nombre de su propia memoria, para conseguir la realización de semejantes propósitos, se explica fácilmente cómo las asambleas populares les hayan rehusado todo concurso y que la costumbre haya denegado toda eficacia á su voluntad. Todo in

dica que esta regla de derecho civil, la necesidad de una institución nueva de heredero, para revocar la institución anterior, ha sido desde luego formulada en vista de la disposición *calatis comitiis*.

No osaría yo afirmar siempre que ella pertenezca al fondo primitivo de esta teoría. Ya he hecho constar que ni las fuentes romanas ni la historia comparada nos suministran los datos indispensables para resolver este problema: la institución *calatis comitiis*, ¿ha sido destinada desde su origen á conferir un *condominium* y un derecho de espera á la sucesión absolutamente indeleble, ó al contrario, la facultad sucesoria creada por ella ha podido ser destruída por el concurso de las voluntades del disponente y de la asamblea popular? En su último estado, en la época en la que ha colaborado por su influencia á la separación de la noción del acta de última voluntad, la institución comicial, ya profundamente desnaturalizada por una transformación en su ceremonial, semejante á la que consta en la arrogación, la desaparición de la intervención efectiva de la asamblea popular, llevaba consigo, indudablemente, una cierta facultad de arrepentirse.

Pero ¿ha sucedido siempre esto? Nada lo prueba y existe una razón para dudar. Los actos análogos al pretendido testamento comicial, que yo he podido estudiar en otras civilizaciones, tienden generalmente á dar al instituído entre vivos ó al adoptado como heredero sobre el patrimonio del disponente, derechos, si no idénticos, al menos muy semejantes á los que la costumbre reconocía á los descendientes, ó en general, á los miembros activos de la comunidad doméstica sobre la fortuna del jefe de la casa. Así, pues, he señalado anteriormente, siguiendo á Schirmer, toda una serie de particularidades del derecho clásico, que á la ley de la historia comparada, se revelan como clarísimas supervivencias de un régimen anterior, en el que el título del *heres suus* estaba al amparo de los ataques del *de cujus*, no pudiendo ser aminorado por disposiciones en vista de la muerte.

La teoría de la desheredación, cuyas líneas no estaban todavía plenamente fijadas en los tiempos de Cicerón, es de origen relativamente reciente. Si se desenvolvió, lo que es posible, desde antes de la constitución del testamento *per aes et libram*, en las disposiciones *calatis comitiis*, esto no pudo ser más que por medio de una deformación de esta institución en contacto con la ejecución testamentaria. El empleo de la *mancipatio familiae*, como medio de paralizar los efectos de la sucesión necesaria de los *heres suus* y de eludir la aplicación de su derecho de oposición, es poco empleada entre los romanos, que no están habituados á concebir la vocación del *heres suus* como susceptible de ser mermada por una expropiación decretada por el jefe de familia, y las cláusulas destinadas á conseguir este fin, se introducen después, tal vez, en el formulario de la disposición *comicial*. La admisión de la posibilidad de desheredar indirectamente al heredero instituído, formulando, en beneficio de otra persona, una nueva institución, ¿no habrá sido debida también á una reacción de la *mancipatio familiae*, teoría que desde su origen había dado acceso en beneficio del disponente á la facultad de arrepentirse? Las fuentes callan en este respecto. Yo debo limitarme á hacer esta interrogación.

La influencia de la institución *calatis comitiis* sobre la evolución de la *mancipatio familiae*, no ha sido únicamente beneficiosa. Si ella ha apresurado la marcha natural del movimiento de ideas, que tendía á llevar á la instrucción dirigida al ejecutor testamentario, los efectos primitivamente agregados á la doble transferencia que el empleo de un *familiae emptor* permitía hacer, en cambio embarazó la teoría del testamento con una serie de reglas, algunas de las cuales—la ruptura, por venir posteriormente un *heres suus*, por ejemplo (1)—, han produ-

(1) El solo motivo que se ha podido invocar para explicar racionalmente la transplantación de esta teoría en la materia del testamento, sobre todo, á una época en la que ya se desenvolvía el empleo de la desheredación como medio de excluir los *sui heredes*—á saber, que el testador no hubiere probablemente formulado las disposiciones testamentarias si hubiere previsto la

cido efectos infinitamente más extensos que lo que exigía la defensa de los intereses legítimos que ellas parecían destinadas á custodiar; y otras que, mucho más numerosas—princi-

---

superveniencia de un *heres suus*—, es impotente para justificar los efectos brutales de la ruptura del testamento. No olvidemos, en efecto, que originariamente el testador, aun cuando entreviera esta eventualidad, no tenía ningún medio de impedir la ruptura. (Gaius, 2.°, 140 141.) La consideración que acabo de señalar no hubiera podido conducir más que á la organización de medidas análogas á las que se establecen en el art. 888 del Código civil italiano (véanse Pacifici-Mazzoni, *Codici civile italiano commentato*—edición Anau—, 8.°, 1880, págs. 417-432; Cesare Losana, *Delle successioni testamentarie*—extracto de *Il digesto italiano*—, págs. 350 y sigs.), ó sobre todo, en el art. 2079 del Código civil alemán. «Una disposición de última voluntad—dice este artículo 2079, cuyo fundamento se deduce suficientemente del lugar mismo que le está asignado entre las disposiciones sobre la nulidad del testamento por causa de vicios en la voluntad del testador—, puede ser impugnada cuando el *de cujus* ha omitido á un legitimario existente en la época de la apertura de la sucesión, cuya existencia no le fué conocida cuando la confección de la disposición, ó cuando no hubiere nacido el devenido legitimario, sino después de esta confección. La acción para la anulación se cierra cuando hay lugar para admitir que el testador hubiere tomado la disposición aun con el conocimiento del estado de las cosas.» El derecho de acudir en nulidad no pertenece, de otro lado (art. 2080, 3.°), más que al legitimario, víctima de la omisión involuntaria. Sobre el vínculo de filiación histórica existente entre los principios del nuevo Código, que ha encontrado precedentes y puntos de enlace en las legislaciones anteriores de los Estados alemanes (Priedrich Mommsem, *Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes ueber das Erbrecht*, págs. 476-479 y 481; Código civil sajón, 2601; *Preussisches Landrecht*, 2.°, 2, § 450 455; 2.°, 1, § 444, 1; Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, cuarta edición, 1896, 3.°, págs. 611 614, § 208; Förster Eccius, *Preussisches Privatrecht*, séptima edición, 1897, 4.°, p. 474, § 256, 6.°), y la teoría romana de la ruptura del testamento por superveniencia de *sui heredes*, ver: *Protokolle der Kommission für diezweite Lesung D. E. D. B. G. B.*, 5.°, págs. 52 58; *Motive zu dem Entwurfe e. B. G. B.*, 5.°, págs. 50 53; Schifner, *Phlichttheil, Erbenausgleichung und die roustigen gesetzlichen Vermächtnisse nach B. G. B.*, Jena, 1897, págs. 4 7; Strohal, *Das deutsche Erbrecht auf Grunlage des B. G. B.*, segunda edición, Berlín, 1901, página 162, § 41; Mascheider, *Die letzwellingen Verfügungen Rechts*, 1899, p. 149; Endemann, *Lehrbuch des bügerlichen Rechts*, 1899, 3.°, p. 210, § 492 *b*; Enneccerus y Lehmann, *Das bügerliche Recht*, 2.°, 1900, p. 568. Esta teoría romana, cuya influencia se siente todavía demasiado en ciertas legislaciones (por ejemplo,

palmente la necesidad de una institución de heredero para sostener las disposiciones á título particular, la incompatibilidad de la devolución *abintestato* y de la devolución testamentaria, y la *prohibición* de destruir un testamento sin hacer otro—, no han conservado ninguna razón de ser verdaderamente seria.

Solamente cuando se vuelve á colocar estas teorías en el medio en el que ellas nacieron, cuando se las refiere al régimen sucesorio evocado por las XII Tablas (v. 4), y á las adopciones de heredero formuladas ante los comicios por los cabezas de familia desprovistos de *sui heredes*, es cuando se pueden hallar las causas económicas y sociales que han provocado su establecimiento. Estas aparecerán inevitablemente como un producto artificial de la ciencia jurídica, á cualquiera que se imagine que el testamento ha existido en todo tiempo en Roma.

No es, por otro lado, únicamente en la historia de las disposiciones de última voluntad donde yo manifiesto este respeto arcáico del pasado, que lleva la jurisprudencia romana á mantener indefinidamente la aplicación de ceremonias ó de prácticas que habían perdido mucho tiempo antes su significación. No es, tal vez, más que una sola teoría del derecho clásico, cuya reglamentación no contiene la misma homogeneidad, teniendo, de una parte, soluciones debidas á la neta percepción de su estructura económica y de sus condiciones de buen funcionamiento, y de otra, disposiciones llegadas á ser puramente arbitrarias y tomadas de instituciones olvidadas que le habían precedido en el uso.

Este fenómeno, ciertamente, se reproduce con más ó menos

---

el Código civil austriaco, arts. 777-778; el Código civil portugués, art. 1760, y, sobre todo, el Código civil español, art. 814, me parece haber sido reducida por la nueva codificación alemana á sus proporciones exactas, que lleva en su aplicación al testamento. La reacción contra la tiranía de las ideas romanas ha sido llevada demasiado lejos por el Código francés, art. 1046, y por el Código de Zurich, art. 1049, que descartando pura y simplemente la revocación por causa de sobrevenir un hijo, se han aventurado haciendo producir siempre al testamento efectos que exceden la voluntad del testador.

intensidad en todos los medios posibles, y es, sobre todo, gracias al que el historiador ha podido de ordinario apoyar su informe sobre la evolución interna de una legislación algo más allá del período histórico. Esto nos es fácil todavía observarlo en nuestras sociedades contemporáneas; pero el derecho romano es ciertamente, con el *common law* inglés, uno de los sistemas jurídicos en el que ha estado más refinada.

Es aquí, en mi sentir, donde es necesario buscar una de las principales causas de la limitación y de los vicios tan manifiestos de esta forma artificial, de la técnica jurídica que la educación romana ha desenvuelto en la Europa cristiana, de la que los pandectistas han sido los conservadores hasta nuestros días, y que ha recibido nuevo incremento al presente por la interpretación y la práctica de la parte general del Código civil alemán, que, á pesar de algunas correcciones dichosamente realizadas por la Comisión redactora del segundo proyecto, conserva todavía la huella demasiado acusada de todos los defectos de los romanistas.

Como nuestros juristas, siguiendo el renacimiento bolonés, están habituados á mirar al derecho romano como ideal jurídico invariable, como la *razón escrita*, y han emprendido el estudio de esta legislación, no con el espíritu de libre examen y de sabia discusión, sino con el espíritu de sumisión de teólogo y de apologista, les ha sido necesario encontrar una justificación racional á estas innumerables supervivencias, que no tienen más que explicaciones históricas. Era inevitable que la sumisión continua á una disciplina tan ficticia, desenvolviese cada vez más entre aquellos que se abandonaban al placer de la especulación y de la escolástica, la investigación de la sutilidad, el error de las contingencias de la realidad y la inconsciencia de relaciones indisolubles que unen el derecho á las demás manifestaciones de la vida social; desenvolviese, repetimos, todos los vicios característicos del método de los pandectistas.

XV

Fecha de la aparición del testamento.—Estudio de la obra de Plauto.—Localización de esta fecha hacia el fin de la primera mitad del siglo II antes de Jesucristo.

Es infinitamente más fácil poner en claro las principales influencias cuya acción combinada ha provocado la sustitución de la *mancipatio familiae* por el testamento, que localizar, aunque no sea más que aproximadamente, esta reforma en el tiempo. De todos modos parece que el movimiento que vengo trazando estaba poco avanzado en la época de Plauto. Sin duda las alusiones á las instituciones jurídicas que encierra la obra de Plauto, están faltas demasiado frecuentemente de precisión, y creyéndose que algunos de los pasajes que las contenían no eran más que trozos tomados de los modelos griegos seguidos por el autor latino, han sido referidos, por consiguiente, á otras legislaciones (1).

Pero, sin embargo, las indicaciones que se han aducido en nuestra materia, son bastante conformes con las soluciones á las que nos ha conducido la crítica de la tradición. Resulta que al fin del siglo III ó á principio del II antes de nuestra Era, el uso de la institución de heredero no estaba todavía desenvuelto

(1) Para el análisis de las discusiones á las que este problema ha dado lugar: Pernard, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Thèse de Lyon, 1900, y las revistas de Ch. Appleton, en la *Revue générale du droit*, y Huvelin, en la *Nouvelle revue historique du droit*.

más que para el caso de ausencia de *heres suus* (1), que la devolución por la voluntad del *de cujas* constituía, en efecto, la excepción; que la sucesión legítima era la situación habi-

(1) Costa, *Il diritto romano nelle comedie di Plauto*, Turín, 1890, pág. 233, nota 113. El Sr. Costa invoca en este sentido el prólogo del *Pœnulus*, 68 70.

Quoniam periisse sibi videt gnatum unicum
Conicitur ipse in morbum ex ægritudine,
Facit illum heredem fratrem patruelum suum,

que él relaciona con los versos 109 110 y 120-121 del mismo *Pœnulus*, v, 2:

Pater tuos, iserat frater patruelis meus
Et is me heredem fecit, quom suum obiit diem
....
Paterna oportet filio reddi bona
Æquomst habere hunc bona quæ possedit pater.

Yo no creo que se pueda sacar un argumento sólido de estos textos. La palabra *heredem facere*, que aparece dos veces, no me parece tener aquí su sentido técnico. Debe ser traducida *dejar como heredero*, mejor que *hacer heredero*. El individuo que se beneficia con la ausencia del hijo y que caracteriza las consecuencias que ha tenido para él la muerte del *de cujus*, con las palabras *heredem facere*, es el *proximus agnatus*, aquel que, por la desaparición del hijo, hace visible el más próximo sucesor. Parece haber aquí, lo mismo que en los textos reseñados por Costa en las págs. 228 y sigs., una alusión, no á la institución de heredero, sino al funcionamiento del principio de la devolución á los agnados en la ausencia de *heredes sui* y á las adopciones de heredero.—Esto mismo se confirma en el pasaje de Curculio, v, 2, 37-40.

Pater meus habuit Periphanes .....
Is prius quam moritur dedit mihi tanquam suo,
Ut æquum fuerat, filio .....
Et isti me heredem fecit.

Yo considero como de mucha más fuerza probatoria, la escena de *Miles Gloriosus*, 3.°, 1, 110-121, en la que Periplectomenus enumera las ventajas que él encuentra en no tener ningún hijo, donde nos muestra á sus padres multiplicando, para asegurarse la sucesión, los regalos y las invitaciones en dinero. Si fuera cierto que esta descripción no ha sido tomada por Plauto de su modelo griego, probaría la persistencia, hasta el fin del siglo III, de la distinción formulada por el adagio de las XII Tablas (5.°, 4), entre los *sui heredes*, sucesores que se imponían al cabeza de familia y los agnados llamados á la sucesión en ausencia solamente de designación regular de un heredero de la voluntad.

tual (1), y que la adopción quedaba como el procedimiento más empleado de creación artificial de continuadores de la personalidad (2).

En los comienzos del período histórico encontramos, aunque pálidos y atenuados, los principales rasgos característicos del régimen sucesorio, del que son sucesoras las instituciones precedentemente estudiadas. En cuanto á los rarísimos pasajes

---

Se argüirá vanamente en sentido contrario, de la *Mostellaria*, I, 3, 76 77:

Utinam nunc meus emortuos pater ad me nuntietur
Ut ego exherem meis bonis me faciam atque hæc sit hæres.

Es evidente que la palabra *exheredem* no tiene aquí el sentido técnico que le dan las fuentes clásicas. Philolaches manifiesta simplemente el deseo de ver abrir inmediatamente sucesión de su padre, para poder dilapidarla y emplearla en beneficio de su querida. Si hay aquí una alusión vaga á la desheredación realizada por el padre de familia, no ha podido referirse más que á la desheredación indirecta, sea por la *mancipatio familiæ*, sea más bien por enajenaciones consentidas por el padre. La palabra *exheredem facere* tiene aquí el mismo sentido que algunas disposiciones de las costumbres germánicas, principalmente los capítulos 62 y 64 de la *Lex Saxonum*. Es necesario renunciar á obtener del estudio de la obra de Plauto los elementos de la solución de este problema oscuro: la teoría de la desheredación no ha nacido sino con el testamento propiamente dicho ó ha sido desenvuelta en la institución *calatis comitiis* al contacto de la ejecución testamentaria.

(1) Costa, loc. cit., pág. 232, y los textos que siempre prueban, reseñados en las págs. 228 y sigs. El recuerdo de las mismas ideas se conserva en el adagio contado por un contemporáneo de César, *Publius Syrus*, Sentencia 323:

Mage fidus heres nascitur quam scribitur.

Véanse, *Die römischen Komiker als Rechtszengen en el Zeits. d. Savigny Stiftung*, R. A., 12.°, 1892, pág. 76. Esta preminencia de la sucesión *abintestato* es todavía mucho más saliente en la obra de Terencio, como lo demuestran las citas hechas por Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Terenzio*, en el *Archivio giuridico*, 1893, L., § 23, págs 470-471. Pero los pasajes de referencia al derecho griego, llegan á ser demasiado numerosos en Terencio, para permitirnos establecer conclusiones positivas.

(2) *Menaechmi*, prólogos 60 62; *Pœnulus*, prólogo 76-77; IV, 2, 17, 76 77. El mismo fenómeno es muy señalado en las comedias de Terencio: véase en Costa, *Archivio giuridico*, L., 1893, de un lado la pág. 458 y de otro las páginas 470 471. Pero pueden ser explicadas tan bien por el derecho griego como por el derecho romano.

que hacen mención de las liberalidades en vista de la muerte, los cuales no nos describen nunca las formas empleadas para realizar estas liberalidades, parecen claramente referirse á los antiguos modos de disposición de herencia, anteriores á la aparición del testamento propiamente dicho, y particularmente á la adopción de heredero (1).

---

(1) Costa, loc. cit, pág. 288, § 50 *a*, revela en la obra de Plauto tres alusiones al testamento:

La primera: *Asinaria*, II, 2, 40:

Istoc testamento Servitus legat tibi,

es verdaderamente demasiado vaga. Leonida recuerda á su compañero de esclavitud Libanus los inconvenientes de su condición. Ellos son un legado de la servidumbre. Esta imagen atestigua la existencia de legados, de disposiciones en vista de muerte, pero sin indicarnos su naturaleza ni origen. El empleo de la palabra *testamentum* no tiene interés en sí mismo. Esta expresión ha sido ciertamente usada mucho tiempo antes de tomar el sentido especial que le asignan las definiciones de Ulpiano y de Modestino. La misma denominación ha sido aplicada, sin duda, á los diversos tipos de disposición de herencia que han ido sucediéndose: institución *comicial*, *mancipatio familiæ* y testamento, lo que explica que los clásicos hayan podido confundirlas.

La segunda: *Miles Gloriosus*, III, 1, 113:

Mea bona in morte cognatis dicam, inter eos partiam,

es objeto de las interpretaciones más diversas. El texto que la contiene no ha sido descifrado de la misma manera por todos los editores (Costa, página 288, nota 113). Algunos leen *didam* en lugar de *dicam*, y otros *partiant* por *partiam*. Parece que esta frase, aclarada por su contexto, supone en el conjunto de la conversación entre Periplectomenus y Palæstrio, de la que está sacada, no la aspiración á una operación jurídica determinada, sino á una situación de hecho. Periplectomenus, que en la ausencia de hijos podría darse un heredero de su elección, promete á sus sucesores *abintestato*—*cognatis* no me parece tener aquí su sentido técnico— dejarles llegar sus bienes á su muerte. Ellos se los partirán después de él *(partiant)*. El temor de una adopción de heredero ó de una *mancipatio familiæ*, siempre posible, mantenía entre ellos una saludable emulación en el cuidado de conservar la buena disposición del pariente á quien pensaban heredar. Pero si se quiere ver aquí —explicación á mi entender mucho menos plausible—la indicación del proyecto de Periplectomenus de distribuir sus bienes para el día de su muerte entre sus sucesores, es difícil el desconocer que esta pretendida operación

Yo vería de buen grado, en cambio, un síntoma denotante de que nuestro movimiento entra en plena actividad en las reformas legislativas que se producen en el transcurso de la primera mitad del siglo II, en las leyes Furia y Voconia. La ley Voconia se remonta según Cicerón (1) al año 169. La fecha de la ley Furia, no nos es conocida, pero los romanistas la localizan generalmente por referencia á dos ó tres leyes, la ley Cinia y la ley Voconia, entre los años 204 y 169 antes de Jesucristo. Es probable que se aproxime mucho más á la segunda que á la primera de estas fechas; el estudio del teatro de Plauto así al menos lo hace creer.

Renuncio á sacar ningún argumento de la razón de ser asignada á estas dos leyes por Gaius, 2.°, 224—preocupación de

---

jurídica no presenta el carácter de actualidad, común à todos los antiguos modos de disposición de herencia.

La tercera alusión: Pænulus, 2, 17.

Omnia edepol mira sunt, nisi erus hunc heredem facit,

es mucho más sugestiva. Incontestablemente supone la posibilidad por el patrono de instituir á su esclavo como heredero. Pero, ¿por qué procedimiento? Si el pasaje en cuestión es mudo sobre este punto, el Pænulus mismo no lo es. Preve éste, en otros lugares con más detalles, la misma operación: concesión por el patrono al esclavo del derecho de sucederle; y esto, no solamente en su prólogo, 75, 77,

Emit... imprudens senex
Puerum illum eumque adoptat sibi pro filio
Eumque heredem fecit, quum ipse obiit diem,

sino también, y sobre todo en la misma escena, IV, 2, 82:

Is in divitas homo adoptavit hunc quum diem obiit suum.

Los tres textos parecen referirse á la misma institución. En los dos últimos Costa cree reconocer la adopción testamentaria *(Archivio giuridico*, 1893, L., pág. 519; véase Pernard, loc. cit., pág. 92). Yo vuelvo aquí á encontrar, por mi parte, la institución *calatis comitiis*, é inútilmente buscaría una definición mejor de la *adoptio in hereditatem*, que la suministrada por Plauto en la escena 2.ª, acto 4.°, verso 82: *adoptio in divitias*. El tema de Pænulus es lo mismo explicable por su referencia al derecho romano como por la referencia al derecho griego.

(1) *De senectute*, 5.°, 14.

impedir que los herederos instituídos rehusen la adición á la herencia por miedo á las cargas—; lo que implicaría la existencia con anterioridad á estas leyes, de instituciones de heredero de tipo testamentario, no entrando en vida del disponente ninguna asociación á la copropiedad de su patrimonio. Hay en efecto alguna ingenuidad en aceptar como testimonios auténticos las reseñas suministradas por un contemporáneo de Antonino Pio y Marco Aurelio, sobre las circunstancias que han provocado la emisión de leyes del siglo II antes de nuestra Era, derogadas ó caídas en desuso en su época. De otro lado, es por demás visible que en los §§ 224 227 del Comentario II, Gaius se preocupa, ante todo, de los orígenes y los alcances del plebiscito en vigor de su tiempo, la ley Falcidia, y es de temer que la explicación colectiva dada á las tres leyes Furia, Voconia y Falcidia, no convenga más que á la última. Mas un indicio útil puede ser relevado, si no en las disposiciones de la ley Furia, al menos en las de la ley Voconia, cuyo contenido no es relativamente mejor conocido, puesto que podemos comprobar, en lo que á esto concierne, las aserciones de Gaius (1) por el testimonio, un poco más sólido, de un escritor que ha vivido en una época en la que este texto no estaba todavía fuera del uso (2).

La ley Voconia, decimos nosotros, vino á prohibir á los ciudadanos inscritos en los registros del censo por más de cien mil ases, instituir como herederos á sus hijas jóvenes ó á sus mujeres (3). Además, prohibió á las mismas personas quebrantar la incapacidad establecida en contra de estas mujeres, formulando en su favor legados superiores al total de los emolumentos recogidos por el heredero instituído (4). Es muy pro-

---

(1) II, 226 y 274.

(2) Cicerón, *In Verrem*, 2.°, 1, 41-43.

(3) Cicerón, *In Verrem*, 2.°, 1, 42: «ne quis heredem virginem neve mulierem faceret».—Gaius, 2.°, 274.

(4) Tomado á la letra el § 226 del comentario II de Gaius, parecía asignar una comprensión más general á la segunda disposición de la ley Voconia.

bable que las causas que han provocado la prescripción principal de la ley Voconia, no hayan podido nacer sino con el desenvolvimiento del testamento propiamente dicho. En la ejecución testamentaria no había lugar, al lado del *emptor familiae*, para ningún otro tipo de sucesor universal. En cuanto á la disposición *calatis comitiis*, sus formas mismas han debido impedir á la mujer, que no tenía acceso en los comicios, figurar en el número de los actores principales como beneficiaria de la *adoptio in hereditatem*. Los mismos motivos que hacen imposible la arrogación de la mujer (1), conducen á denegarla la facultad de ser instituída *comitiis calatis* (2). Solamente cuando la personalidad del *emptor familiae* está oscurecida, cuando la importancia tomada por la *nuncupatio* ha hecho olvidar el papel primitivo de las dos transferencias, es cuando las instituciones de heredero pueden desligarse en las instrucciones dirigidas al ejecutor testamentario, y gracias á esta liberación de formas de la *adoptio in hereditatem*, ser dictadas aun en beneficio de las mujeres.

Parece claramente de aquí, que la ley Voconia ha tenido por objeto remediar las turbaciones llevadas á la organización social por la aparición del testamento. En todo caso, es bien cierto que hacia el fin de la primera mitad del siglo II, las disposiciones de última voluntad llegan á ser infinitamente más frecuentes y que su funcionamiento ha sufrido transformaciones bastante profundas para necesitar la intervención repetida del legislador.

A estas pruebas agregamos para recuerdo, la indicación menos precisa y menos segura—que aislada no hubiera forzado

---

Pero la necesidad de rectificar este pasaje de Gaius, está suficientemente demostrada por las terminantes afirmaciones de Cicerón, *In Verrem*, 2.°, 1, 43: *Quid si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet...*

(1) Gaius, 1.°, 101.

(2) Véase á Cuq, *Institutions juridiques*, pág. 541.

mi convicción—suministrada por un pasaje de *Du oratore*, 1.°, 53, que se ha señalado generalmente, como atestiguando la existencia 149 del testamento *per aes et libram* en su forma definitiva (1). Yo hago constar, en fin, que en la obra entera de Cicerón, el testamento aparece como una institución sólidamente implantada en la práctica, habiendo ya recibido la consagración del tiempo.

Existen, pues, numerosos motivos para colocar hacia el fin de la primera mitad del siglo II antes de nuestra Era el punto culminante del movimiento que yo he procurado reconstruir: el momento en el que el testamento se liberta de sus ligaduras con la *mancipatio familiae* y en el que la civilización romana se abre al concepto clásico del acta por causa de muerte.

El testamento conserva todavía por largo tiempo la señal de sus orígenes. El recuerdo del carácter de acta entre vivos que habían tenido las instituciones de las que él se derivó, pesará sobre él durante muchos siglos. Del mismo modo que, bien después del renacimiento bolonés y de la penetración de las concepciones romanas en nuestras costumbres de la Europa Occidental, los testadores han continuado en muchas regiones dando posesión á sus ejecutores, haciendo en sus manos la tradición del testamento (2) y asistir y colaborar en la redacción de sus últimas voluntades como una especie de contratan-

(1) Girard, *Manuel*, (2), pág. 786, nota 3.—Cuq, *Institutions juridiques*, página 521.

(2) *Gran coutumier de France* (Dareste y Laboulaye), 2.°, 19.—Beautemps-Beaupré, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, 4.°, pág. 221, texto L., núm. 182.—Marnier, *Etablissements et coutumes assises et arrêts de l'échiquier de Normandie*, pág. 197.—*Baumgartenberger Formelbuch* (edición Bärwal), pág. 65. Estas cláusulas de tradición se vuelven á encontrar muy habitualmente en los *Testaments enregistrés au Parlement de Paris sous le régne de Charles VI*, publicados por Teutey. Para el análisis detallado de los datos suministrados á este respecto por las cartas medioevales: R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, págs. 323 331.

tes (1), del mismo modo que en el derecho musulmán la costumbre, por el disponente, de solicitar de los ejecutores elegidos por él una aceptación entre vivos y definitiva de su misión ha sobrevivido al reconocimiento oficial de las disposiciones testamentarias (2), del mismo modo también el cumplimiento de las ceremonias de la *mancipatio familiae* ha quedado como preliminar indispensable de la declaración solemne de la institución de herederos y legados durante las primeras fases de la historia del testamento.

Esto es tanto más chocante, cuanto que la ejecución testamentaria perdió todo papel económico á partir del día en el que apareció la noción clásica del acta de última voluntad. La ejecución testamentaria no ha llegado jamás en Roma á su segunda forma. Después de haber llenado su función natural de instrumento de transición entre la adopción de heredero y el testamento, no ha llegado como en nuestro derecho canónico, en los derechos musulmán, hebráico y griego, á ser una de las piezas de recambio del mecanismo testamentario.

La regla *institutio heredis est caput et fundamentum testamenti*, ha impedido que sufra esta metamorfosis habitual, imponiendo al testador el empleo de un tipo rígido y uniforme de

(1) R. Caillemer, loc. cit., págs. 319-321.—Pollock y Maitland, *History of english law* (1), 2.°, pág. 338.—*Law quarterly Review*, 7.°, págs. 66 y sigs.

(2) La importancia de este uso está suficientemente demostrada por las disposiciones que á él consagran un gran número de costumbres. No hay acuerdo entre los diversos *madahib*, ortodoxos en lo que concierne á su legitimidad, reconocida por la escuela hanefita que declara irrevocable la aceptación dada por el ejecutor en vida del disponente (Hamilton Grady, *Hedaya*, pág. 697 ; es rechazada por la escuela Shafiita (*Minhoâdj at-Talibin*, traducción de Van den Berg, 2.°, pág. 282 . La gran secta disidente de los Shî'itas, tiene en este punto un sistema original; mientras que el testador vive, el ejecutor testamentario puede repudiar su misión á condición de declarar su repulsa al interesado. Después de la muerte del disponente, la repudiación no es posible (Querry, *Droit musulman*, traducción de El Mokkekkik, 1.°, pág. 629). La misma práctica se encuentra en nuestras costumbres medioevales: Beaumanoir (Salmon), 12.°, y los textos citados por R. Caillemer, loc. cit , pág. 321.

liquidador de sucesión y de ejecutor de sus voluntades el heredero instituído.

Aunque su intervención no haya tenido razón de ser, el *emptor familiae* no ha cesado de figurar en el ceremonial de las disposiciones de última voluntad. Se ha hecho muy justamente notar que las reglas determinantes de las condiciones que debían reunir los testigos de la *mancipatio familiae*, fueron transmitidas sin modificación al testamento *per aes et libram*. La incapacidad de ser testigo ha herido las personas en la potestad, no como hubiere sido lógico del principal interesado, del instituído, sino del *emptor familiae* (1). En estos rasgos artificiales del modo de testar propio del antiguo derecho civil, ha encarnado la memoria del vínculo de parentesco que une al testamento con la ejecución testamentaria.

La reacción contra esta superstición del pasado que obligaba á los testadores á repetir indefinidamente ceremonias desprovistas de sentido, comenzó desde el curso del primer siglo antes de nuestra Era. Se traduce por la invención, incontestablemente anterior al año 74 (2) del testamento pretoriano, en el cual ha desaparecido la *mancipatio ficticia*. Pero este acto no ha reproducido desde luégo, sino muy imperfectamente los efectos del testamento civil.

Aun después de la reforma de Antonino Pío, que dió al principal beneficiario de esta disposición un medio de defensa contra las acciones del heredero civil (3), el título del instituído por el Pretor, del *bonorum possesor*, queda marcado de una inferioridad teórica con relación al del instituído civil, al *heredes*.

Solamente en el bajo imperio es cuando llega á ser posible al testador conferir oficialmente y en toda su plenitud la cua-

(1) Gaius, 2.°, 105-108: Véanse Girard, *Manuel*, pág. 786.—Cuq, *Institutions juridiques*, pág. 522, nota 2.

(2) Cicerón, *In Verrem*, 2.°, 1, 45, 117.

(3) Gaius, 2.°, 120.

lidad de heredero al sucesor de su elección, sin reclamar el concurso de un *familiae emptor*. Unicamente en este momento, con la introducción del testamento nuncupativo, después testamento tripartito, es cuando la evolución de la teoría de las disposiciones de última voluntad llega en Roma á la etapa correspondiente á la que ha sido salvada en Inglaterra en 1837, en el *Wills Act:* la eliminación definitiva de últimas supervivencias de la naturaleza originaria de acto entre vivos, del testamento ó de las operaciones jurídicas que le han precedido en el uso y le han abierto el camino (1).

(1) Estas supervivencias se mantienen más tiempo en Escocia que en Inglaterra. Hasta mediados del siglo XIX el testamento no ha producido efectos sino respecto á los *moveables* y á los muebles. No puedo detenerme en definir la distinción escocesa de los bienes en *moveables* y *hereditables*. Me limito á hacer constar que se relaciona á su vez, con la clasificación inglesa, en *personal* y *real property*, y con nuestra clasificación en muebles é inmuebles, sin concordar exactamente con una ni con otra. Antes de 1868, las disposiciones de hereditables hechas en vista de la muerte, revestían necesariamente la forma de *conveyances*, es decir, de actos traslativos de propiedad entre vivos. El *deed* que lo formulaba debía emplear, bien la palabra *dispongo*, ó bien cualquier otro de los términos técnicos de los que implican transmisión inmediata: *de præsenti*. En sus *Studies in Roman law with comparative views of the law of France, England and Scotland*, escritos en 1862 (págs. 297-299; hago la cita según la 7.ª edición, por Kirchpatrik, Edimburgo, 1898) (*). Lord Mackenzie señalaba entre las divergencias características del derecho inglés y del derecho escocés, la admisión por el primero de estos sistemas jurídicos—después de 1837—del *will* de *real property*, lo mismo que del *will* de *personal property*, manteniéndose por el segundo al testamento el carácter de institución especial de la *personal property*. Esta oposición entre los dos cuerpos del derecho consuetudinario británico, no ha sido borrada sino en 1868 por las secciones 20 y 21 de la *Titles act* (31 y 32, Victoria, cap. 101), á los que hace falta añadir la sección 27 de la *Conveyancing act*, de 1874. Las supervivencias de la antigua concepción de disposiciones *in tuitu mortis*, han sido, no solamente más duraderas, sino también más acusadas en Escocia que en In-

(*) Obra traducida al castellano por D. Gumersindo de Azcárate, y don V. de Innerarity, aumentada con notas relativas al derecho español por el primero (Madrid, 1876).—*(N. del T.)*

glaterra. El contenido de la reforma escocesa de 1868 vuelve á aparecer con una particular claridad en las ediciones recientes de las Instituciones de Erskine y de los Principios de Bell, gracias al procedimiento seguido por los comentaristas que se han contentado con intercalar, en las páginas escritas por Erskine ó por Bell, bajo el imperio de las antiguas costumbres, la indicación de las innovaciones realizadas en 1868 (Erskine, *An Institute of the law of Scotland*, edición Nicholson, Edimburgo, 1871, 2.°, pág. 907; Bell, *Principles of the law of Scotland*, 9.ª edición, por W. Guthrie, Edimburgo, 1889, páginas 1027-1031). El texto literal de la *Titles act* (sección 20) vuelve á evocar también en sus primeras líneas los rasgos esenciales del régimen que ella deroga: «From and after the commencement of this Act, it shall bi competent to any owner of lands to settle the succesion to the saeme in the event of his death, *not only by conveyances de presenti, accordnig to the existing law and practice;* but likewise by testamentary or mortis causa deeds or writings.» Se encontrarán los textos de la *Titles act*, de 1868, y de la *Conveyancing act*, de 1874, á los que vengo refiriéndome, acompañados de un útil análisis, en Mac Larren, *The law of wills and succession as administered in Scotland*, 3.ª edición, tomo 1.°, págs. 330-335, §§ 610 616.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DE LOS

AUTORES CITADOS POR M. EDOUARD LAMBERT

Adda et Ghalioungni.—*Le wahp ou immobilisation.*

Agricola.—*Die Geuvere zu rechter Vormundschaft als Princip des sachsischen chelichen Güterrecht;* 1869.

Ames, en la *Harward law Review;* VIII.

Appleton.—*Revue générale du droit.* Recensión de la tesis doctoral de Pernard; 1900.

Auffroy.—*Evolution du testament en France;* 1899.

Beauchet.—*Histoire du droit privé de la République athénienne.*

— *Nouvelle revue historique de droit.*

Beautemps Beaupré.—*Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine.*

Bell.—*Principes of the law of Scotland;* 1889.

Bekker.—*Die römischen Komiker als Rechtszengen,* en la *Zeits d. Sav. Stif. R. A.;* 1892.

Bernhoeft.—*Staad und Recht der römischen Königszeit im Verhaltniss zu verwandten Rechten,* etc., etc.

Beseler.—*Die Lehre von Erbverträgen.*

Bigelow.—*The law of wills;* 1898.

Blakesley.—*Manorial Jurisdiction.*

Blok.—*Mosaisch talmüdisches Erbrecht.*

Bonfante.—*Bolletino dell' Instituto di diritto romano;* 1891-1894.

Boretius.—*Capitularia.*

Brickdale y Sheldon.—*Land transfert Acts 1875 and 1897;* Londres, 1899.

Brissaud.—*Manuel d'histoire du droit français.*

Brunner.—*Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte.*

Bruns et Sachau.—*Syrisch-römisches Rechtsbuch.*

Bruns.—*Die Testamente der griechischen Philosophen.*

Buecheler et Zitelmann.—*Das Recht von Gortyn;* 1888.

Bunsen.—*De jure hereditario atheniensium;* 1821.

Caillemer.—*Origines et developpement de l'execution testamentaire.*

— *Le droit de tester à Athènes.*

— *Le droit de succession legitime à Athènes;* 1879.

Carle.—*Le origini del diritto romano;* 1888.

Cesare Losana.—*Delle successioni testamentarie.*

Ciceron.—*Pro Murena.*
— *In Verrem.*
Ciszewski. — *Künstliche Verwandschaft beiden Südslaven;* Leipzig, 1897.
Costa.—*Il diritto romano nelle comedie di Plauto;* 1890.
— *Storia del diritto romano.*
Cuq.—*Institutions juridiques des romains. L'ancien droit;* 1891.
— *Nouvelle revue historique;* 1886.
Dareste.—*Etudes d'histoire du droit.*
— *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques.*
— *La loi de Gortyne. Nouvelle revue historique de droit.*
— *Plaidoyers civils de Démosthène.*
— *Haussoullier et Reinach. Recueil des inscriptions juridiques grecques.*
Dareste y Laboulaye.—*Grand coutumier de France.*
Darinsky—*Zeitschrifit für verg. R. W.*, XIV, págs. 168 y sigs.
D'Arbois de Jubainville.—*Cours de littérature celtique.*
— *Recherches sur la minorité et ses effets dans le droit feudal.*
Déméllc.—*Le droit coutumier des slaves meridionaux.*
Dernburg.—*Lehrbuch des preussischen Privatrecht;* 1896.
Digby.—*History of law real property.*
Edwin Sidney Hartland.—*The legend of Perseus.*
Enneccerus et Lehmann.—*Das burgerlichen Recht;* 1899.
Endemann.—*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts;* 1899.
Erskine.—*An institute of the law of Scotland;* 1871.
Esmein.—*Cours élémentaire d'histoire du droit français, etc., etc.*
Ettore Pais.—*Storia d' Italia dai tempi più antichi alla fine delle guerre puniche;* 2.ª parte: *Storia di Roma;* Turín, 1898 99.
Foerster Eccius.—*Preussisches Privatrecht.*
Friedrich Mommsen—*Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes ueber das Erbrecht, etc., etc.*
Gans.—*Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung.*
Gibelin.—*Etudes sur le droit civil des Hindous.*
Gierke.—*Untersuchungen;* 1882.
Girard—*Compte rendu du livre de Krueger. Geschichte der Quellen. Nouvelles revues historiques de droit française et étragère;* 1890.
— *Textes.*
— *Manuel élémentaire de droit romaine;* 2.ª ed., 1898.
Glasson.—*Histoire du droit et des institutions de la France.*
Goeppert.—*Fiducia cum amico contracta.*
Goldziher.—*Muhammedanische Studien.*
Goodeve.—*Modern law of real property.*
Greif.—*Origine du testament romaine.*
Griffith.—*Wills in ancient Egypt,* en el *Law quaterly review,* XIV, 1898.

Guiraud.—*La propiété foncière en Grece.*

Halban.—*Entstehung des deutschen Immobiliarseigenthums.*

Hamilton Grady.—*The Hedaya.*

Hanoteau et Letourneaux.—*La kabylie et les coutumes kabyles.*

Hartmann.—*Das Buch Rut in der Midrasch-Litteratur;* 1901.

Haussoullier y Reinach.—*Recueil des inscriptions juridiques greques.*

Heck.—*Die fiducia cum amico contracta Ein Pfandgeschaf nit Salmann;* 1889.

Hellwig.—*Die Verträge auf die Leistung au Dritte;* 1899.

Henry Michel.—*Droit de cité romaine.*

Heusler.—*Institutionem.*

Hoelder.—*Das familienrecht des suus heres. Savigny-Stiftung.*

— *Beiträge zur geschichte des römischen Erbrechtes;* 1881.

— *Die Stelling des römischen Erben.*

Holdsworth et Wickers.—*The law of snccession testamentary and intestate.*

Holmes.—*The law quaterly review;* 1885.

Huber.—*System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes.*

Huebner.—*Die donationes post obitum.*

— *Und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessorauchs im älteren deutschen Recht.*

Huvelin.—*Nouvelle revue historique de droit;* recensión de la tesis de Pernard; 1900.

James Kent.—*Comentaries on american law;* 1896.

James Williams.—*Wills and intestate succession.*

Jarman.—*A treatise on wills;* 1893.

Jhering.—*Geist. det römischen Rechts.*

Jobbé-Duval.—*Etudes sur l'histoire de la procédure civile des romains;* 1896.

Jolly.—*Rech und Sitte, passim.*

Joshuah Williams.—*Principles of the law of real property.*

— *Personal property.*

— *Real property.*

Karlowa.—*Römische Rechtsgeschichte.*

Kemble.—*The Saxons in England.*

Koenig.—*Bernische civil und civilprozessgesetze;* 1883-84.

Kohler.—*Indisches Ehe-und Familienrech. Zeits. für. verg. R. W.,* 1882.—*Krit Vierteljahrschrift für. verg. R. W. Neue Folgue.*

— *Rechtsvergleinchende Studien.*

— *Künstliche Vervandschaft.*

— *Zeits. für verg. R. W.,* VI.

— *Studien ueber die künstliche Verwandschat. Zeits. für. verg. R. W.,* V.

Kohler und Pelser.—*Aus dem babylonischen Rechtsleben.*

Kovalewsky.—*Coutume contemporaine et loi ancienne.*

Kovalewsky.—*Annales de l'Institut internacional de sociologie.*

Kraus.—*Sitte und Brauch der Südslaven.*

Landucci.—*Storia del diritto romano.*

Krueger.—*Geschichte der Quellen.*

— *Kritische Versuche.*

Lardy.—*Législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle.*

Lefas.—*L'adoption testamentaire à Rome*, en la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*; 1897.

Lehmann.—*Die altnordische Auflassung*, en el *Zeits der Sav. Stif. G. A.*; 1884.

Luchaire.—*Manuel des institutions françaises*; 1892.

Mac Larren.—*The law of wills and succession as administered in Scotland.*

Mahaffy.—*The Flinders Petrie papyri*, en las *Cunigham's memoires.*

Marnier.—*Etablissements et coutumes, assisses et arrêts de l'échiquier de Normandie.*

Martitz.—*Das cheliche Guterrecht des Sachsenspiegels*; 1867.

Maspero.—*Journal des Savants*; 1898.

Mayne.—*Hindu Law and usage*; 1888.

Meier et Schemann.—*Der attische Prozess.*

Meischeider.—*Die letzuvillegen Verfügungen Rechts.*

Milenko R. Wesnitsch.— *Die Blutrache beideu Südslaven*, en *Zeits. für verg. R. W.*, IX, págs. 46-49.

Mitteis.—*Reichsrech und Volksrecht in den ostlichen Provinzen des römischen kaiserreichs.*

Mommsen.—*Etude sur Pline le jeune.*

— *Droit public.*

— *Römische Jorschungen.*

Mordché—.*Zeitschrift...*, XIV.

Muir—Introducción á *The life of Mohamet.*

Muirhead.—*Introduction historique au droit privé de Rome.*

Nasse.—*Ueber mittelalterliche Feldgemeinschaft in England.*

Nelson.—*Real property.*

Niemeyer.—*Fiducia cum amico und depositum.*

Nissen.—*Kritische Untersuchungen ueber die Quellen der vierten und fünften Dekade des Livius*; Berlín, 1863.

O'Curry.—*On the manners and customs of the ancient Irish.*

Oppert et Menant —*Documents juridiques de l'Assyrie et la Chaldée.*

Pacifici Mazzoni.—*Codice civile italiano commentato*; 1880.

Palumbo.—*Testamento romano é testamento longobardo*; 1892.

Pappenheim.—*Die altdanïscho Schultzgilden*; 1895.

— *Launegild und Garethinx.*

Pauly Wissowa.—*Real Encyclopedie der classischen alterhumswissenschaft.*

Pernice.—*Labeo I.*

Pauli.—*Abkandlungen aus dem lübischen Rechte.*

Pernard.—*Le droit romain et le droit grec dans le théatre de Plante et de Térence;* 1900.

Pertile.—*Storia del diritto italiano.*

Plauto.—*Trucul.*

Pollok and Maitlan.—*History of englis law.*

Popovic.—*Recht und Gerich in Montenegro.*

Post.—*Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz.*

— *Ursprung des Rechts.*

— *Anfänge des Staat-und Rechtslebens.*

Quatremeres.—*Les cabyles chez les arabes.*

Querry.—*Droit musulman.*

Rapaport.—*Der Talmud und sein Rech,* en la *Zeitschrift für verg R. W.*, XIV, 1900.

Roginald A. Nelson.—*The law of property;* 1895.

Revillout.—*Contrats de mariage et adoption dans l'Egypte et la Chaldée. Proceedings of the Society of biblical archeology;* 1887.

— *Revue égylologigue,* II.

Robbins.—*Devolution of real state on death under.* Parte 3.ª *Of the Land bransfert Act 1897;* 2.ª edición, 1898.

Robertson Smith.—*Kinship and marriage in early Arabia.*

Rotharis.—*Lex saxonum.*

Rozier.—*Formules.*

Sachau.—*Muhammedanisches Recht nach schafitischer Lehre.*

Salis.—*Beitrag zur Geschichte der väterlichen Geuvalt nach altfranzösischen Recht,* en la *Z. der Savigny Stiftuag G. A.*, 1887.

Salkowisky.—*Zu Gaius,* en la *Z. der Savigny-Stiftug R. A.*, 1887.

Salvioli.—*Manuale di storia del diritto italiano.*

Sautayra et Cherbonneau.—*Droit musulman.*

Savvas Pachá.—*Etudes sur la theorie du droit musulman;* 1892 98.

— *Le droit musulman expliqué;* 1896.

Schanz-Geschichte.—*Der römischen Litterature;* Munich, 1899.

Schiffner.—*Der Erbvertrag nach dem.*

— *Pflichttheil, Erbenausgleichuug und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach.*

Schlatter.—*Neuer Rechtskalender der schuveizerischen Eidgenossenschaft.*

Schmidt.—*Die affatomie der lex Salica;* Munich, 1891.

Schnouck-Hurgronje.—Dos estudios en el *Indische Gids* y en el *Rechtsgeleerd Magaziju.*

Schroeder.—*Zeits. der Savigny-Stiftung;* 1886

Schulin.—*Griechische Testament verglichen mit römischen;* 1882.

— *Geschichte des römischen Rechtes.*

— *Lehrbuch.*

Schultess.—*Vormundschaft nach attischem Rech.*

Schultze (M:).—*Die langorbadische Treuhaud und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, en los *Untersuchungen de Gierke.*

Schupfer.—*Thinx é affatomia;* Roma, 18*82*.

Scialogia.—*Bolletino dell' Instituto di diritto romano;* 1890.

Seebohm.—*English village comunity;* 1883.

Sohm.—*Institutionen.*

Soltan.—*Livius Geschichtswerk: Kompositionem und Quellen;* Leipzig, 1897.

Sprenger.—Introducción al tercer tomo de *Leben und Lehre des Mohammads*, y los estudios en el *Journal of the Asiatic society of Beupe;* 1856, etc., etc.

Stephen.—*Comentaries;* 1886.

Stobbe.—*Handbuch des deutschen Privatrechts.*

Strohal.—*Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B.,* 1904.

Sumner-Maine.—*L'ancien droit.*

Sydney E. Williams.—*Concise Treatise on the law rslating to legal representatives real and personal;* 1899.

Tamassia.—*L'affratellamento;* Turín, 1886.

— *Le alienazoni degli immobili e gli credi secondo gli antichi diritti germanici.*

Theobald.—*Law of wils.*

Troya.—*Cod. diplom. lang.*

Val de Lievre.—*Launegild und Wadia.*

Van den Berg.—*Minhâdj at Talibin.*

— *Fath al-Qarib.*

Van der Es.—*De jure familiarum apud Athenienses.*

Van Hille.—*De testamento jure atico;* 1898.

Vaughan Williams.—*Executors and administrators.*

Vinogradoff.—*Geschlecht und Verwandschaft im alt-norwegischen Rechte*, en *Zeits für Social und Wirthschaftsgeschichte;* 1899.

— *Die XII Tafeln.*

Viollet.—*Histoire du droit civil français.*

Voigt.—*Römische Rechtsgeschichte.*

Von Kremer.—*Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen.*

Von Wiss.—*Die letzuvilligen Verfügungen nach schuveizerischen.*

Walter.—*Das alte Wales.*

Waitz-Gerland.—*Anthropologie.*

Weipert.—*Japanisches Familien und Erbrecht.*

Zachariæ von Ligenthal.— *Geschichte des griechisch römischen Rechts;* 2.ª edición, 1877.

— *Histoire du droit privé gréco-romain.*

Zeys.—*Traité élémentaire de droit musulman algérien.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

LA TRADICIÓN ROMANA

SOBRE LA SUCESIÓN DE FORMAS DEL TESTAMENTO

ANTE LA HISTORIA COMPARADA

Páginas.





